



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

ANNE KAROLINE SANTOS RIOS

**ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL: ENTRE OS CRITÉRIOS
BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NOS CONFLITOS DE PATERNIDADE.**

Brasília
2014

ANNE KAROLINE SANTOS RIOS

**ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL: ENTRE OS CRITÉRIOS
BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NOS CONFLITOS DE PATERNIDADE.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Camila Bottaro Sales

Brasília
2014

ANNE KAROLINE SANTOS RIOS

**ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL: ENTRE OS CRITÉRIOS
BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NOS CONFLITOS DE PATERNIDADE.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Camila Bottaro Sales

Brasília, 1 de novembro de 2014.

Banca Examinadora:

Prof.^a Camila Bottaro Sales
Orientadora

Prof. Gabriel Haddad Teixeira
Examinador

Prof.^a Lara Salles de Moraes
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço:

A Deus, pela graça de chegar ao final da faculdade e poder concluí-la com o presente trabalho.

A minha família, que sempre acompanhou de perto todos os dias de trabalho árduo despendidos na elaboração desta monografia. Vocês foram fundamentais para a consecução do resultado que apresento hoje. Tenho certeza que sem o apoio incondicional de vocês tudo teria sido mais difícil. Por isso, obrigada!

A minha orientadora, que se disponibilizou a me ajudar desde o projeto até a finalização deste estudo. Muito obrigada, professora, por me guiar durante todo esse tempo e por não medir esforços para me ajudar.

Aos amigos, que souberam entender a minha ausência nesses últimos meses e, mesmo assim, seguiram me apoiando. E, principalmente, às amigas de faculdade, que também passaram pelas mesmas dificuldades que eu. Obrigada pela amizade de vocês durante esses 5 anos. Sei que foi difícil, mas a gente conseguiu!

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar os critérios biológico e socioafetivo no estabelecimento da filiação paterna, com vistas a estabelecer qual daqueles vínculos deve preponderar em uma situação de conflito de paternidade. Para tanto, o presente estudo trata do atual conceito de família para o direito brasileiro, à luz da Constituição de 1988, e as mudanças advindas dessa concepção para o direito de filiação. Nesse sentido, estabelece-se a natureza da filiação, seus princípios norteadores e a distinção entre direito de filiação e direito à origem genética. Abordam-se, igualmente, as especificidades do critério biológico e do socioafetivo, facilitando a compreensão do conteúdo de cada um deles, bem como a sua aplicação definidora do vínculo paterno-filial. Por fim, defende-se que o direito de paternidade é um direito fundamental, o qual, no caso de conflito, faz surgir verdadeira colisão de direitos fundamentais. Sendo assim, apresentam-se dois casos em que há evidente conflito entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva, que serão solucionados através de uma técnica de ponderação, o que, ao final, irá permitir concluir qual dos critérios deve prevalecer.

Palavras-chave: Vínculo paterno-filial. Critério biológico. Critério socioafetivo. Conflito de paternidade. Colisão de direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work aims the analysis of biological and socio-affective criteria in the establishment of paternal filiation, in order to establish which one of those bonds should prevail in a conflict of fatherhood. Therefore, the present study deals with the current concept of family to the Brazilian law, in light of the 1988 Constitution, and the changes resulting from this concept to right of filiation. In that sense, it establishes the nature of filiation, its guiding principles and the distinction between the right of filiation and the right to know one's genetic origins. It addresses also the specifics of the biological and socio-affective criteria, which will make easier understanding the content of each one of them and also its enforcement that defines the paternal-filial bond. Finally, it is argued that the right of paternity is a fundamental right, which, in case of conflict, creates real collision of fundamental rights. Then, it is present two cases of obvious conflict between biological and socio-affective paternity, that will be solved through a weighting technique, which, in the end, will lead to the conclusion of which criteria should prevail.

Keywords: Paternal-filial bond. Biological criteria. Socioaffective criteria. Conflict of fatherhood. Collision of fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO DE FILIAÇÃO	9
1.1 A Transformação do Conceito de Família no Direito Brasileiro: Da família tradicional à família eudemonista	9
1.2 Princípios Norteadores Para o Estabelecimento do Vínculo Filial	13
<i>1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	15
<i>1.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar</i>	18
<i>1.2.3 Princípio da Pluralidade de Entidades Familiares</i>	20
<i>1.2.4 Da Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes.</i>	22
<i>1.2.5 Princípio da Afetividade</i>	25
1.3 Filiação	28
<i>1.3.1 Evolução do Direito à Filiação: As mudanças trazidas pela Constituição de 1988</i>	29
<i>1.3.2 Natureza do Vínculo de Filiação</i>	32
<i>1.3.3 O Estado de Filiação como um Direito Personalíssimo: Distinção entre estado de filiação e direito à origem genética</i>	34
2 CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL	39
2.1 Da Paternidade	39
2.2 Da Verdade Biológica	43
2.3 Da Verdade Socioafetiva	47
<i>2.3.1 Critérios de Configuração da Paternidade Socioafetiva e suas Espécies</i>	52
3 CONFLITOS DE PATERNIDADE: UM CHOQUE ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. COMO SOLUCIONÁ-LOS?	60
3.1 Direitos Fundamentais e o Direito à Paternidade	60
3.2 Técnicas de Solução de Conflitos na Colisão de Direitos Fundamentais	65
3.3 Análise de Decisões	69
<i>3.3.1 O Caso da Não Omissão do Pai Biológico</i>	70
<i>3.3.2 O Caso da Consolidação do Vínculo Socioafetivo</i>	77
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 claramente teve como foco a pessoa humana e isso afetou diretamente todos os ramos do Direito. Logo, todo o sistema jurídico, teve que se reestruturar para ser interpretado de acordo com os parâmetros trazidos pela nova ordem constitucional.

Nesse sentido, o Direito de Família sofreu grandes transformações, o que repercutiu diretamente na forma de se conceber a família e consequentemente no direito de filiação.

Antes se buscava incansavelmente a verdade biológica, pois essa era a forma mais evidente de se justificar o vínculo de filiação. Contudo, muitas vezes, na ausência de métodos seguros para a confirmação do vínculo biológico, o que se conseguia, na prática, era a aplicação de uma presunção legal a qual, não necessariamente, refletia a ascendência genética.

Depois, ante a transformação do conceito de família, passou-se a se reconhecer a relevância do aspecto da socioafetividade para o estabelecimento da filiação. Sendo assim, restaram consolidados três parâmetros ensejadores do vínculo filial: o biológico, o socioafetivo e o jurídico.

Ocorre que, ante a existência de vários critérios para o estabelecimento da paternidade, muitas vezes, essas verdades não estarão reunidas em uma única pessoa. Logo, podem existir diferentes indivíduos querendo estabelecer vínculo paterno-filial com a mesma pessoa, ou seja, haverá dois pais querendo reconhecer seu direito à paternidade com relação ao mesmo filho. Haverá nesse caso, conflito de paternidades.

Com base nesse contexto, o presente estudo irá focar nos critérios biológico e socioafetivo que embasam o estabelecimento do vínculo paterno-filial. Irá também buscar a melhor forma de solução para conflitos de paternidades, para, ao final, encontrar a resposta para a seguinte questão: havendo conflito entre paternidade biológica e socioafetiva qual critério deve prevalecer: o biológico ou o socioafetivo?

Para encontrar a solução para a problemática que se propõe, este trabalho se valerá, predominantemente, do método de pesquisa bibliográfica, ou seja, será feita uma investigação sobre o tema com base no entendimento de diversos autores e fontes bibliográficas, o que permitirá a formação de uma posição própria sobre a questão.

Além disso, ao final, será feita uma análise de decisões com o objetivo de mostrar os argumentos jurídicos utilizados em cada julgado com base em um determinado contexto e a

partir disso verificar a coerência e adequação jurídica desses argumentos para a solução final da demanda.

Uma vez estabelecida a metodologia a ser utilizada, de forma breve, importa estabelecer os pontos principais a serem abordados.

O primeiro e o segundo capítulos terão um aspecto teórico-normativo, com vistas a estabelecer uma base conceitual mínima que permitirá compreender melhor a problemática a ser elucidada. No primeiro capítulo será feita uma breve evolução histórica do conceito de família, serão também abordados alguns princípios que norteiam o estabelecimento do vínculo paterno-filial e, por fim, será abordado o tema filiação. O segundo capítulo cuidará especificamente dos critérios que embasam o vínculo paterno-filial, com enfoque nos critérios biológico e socioafetivo.

Já no terceiro capítulo será tratado especificamente da questão principal proposta pelo estudo e se fará a análise de decisões já mencionada. Tal capítulo buscará demonstrar a melhor forma para se solucionar o conflito entre paternidade biológica e socioafetiva, para em seguida, aplicar essa forma de decisão aos casos concretos.

Por fim, importa apenas salientar a relevância da temática escolhida.

Nesse sentido, tem-se que o reconhecimento do vínculo paterno-filial desponta como um direito da personalidade, e mais do que isso, um direito fundamental não só do filho, mas também do pai, pois o exercício da paternidade constitui também uma forma de realização pessoal da dignidade da pessoa humana, ou seja, trata-se de uma questão relativa a própria essência do homem.

Sendo assim, é preciso ter maior cautela na solução de conflito entre paternidades, porquanto estão envolvidos três interesses distintos - do pai biológico, do pai socioafetivo e do filho – os quais, muitas vezes, são de difícil conciliação.

Demais disso, é certo que em casos dessa natureza, uma decisão precipitada pode afetar substancialmente a vida dos indivíduos envolvidos, razão pela qual, a solução para os conflitos entre paternidade biológica e socioafetiva não pode meramente buscar uma simples aplicação da lei para descobrir qual critério deve prevalecer.

Portanto, é certo que o enfrentamento do tema proposto, isto é, uma problemática derivada da relação filial, possui, primordialmente, uma relevância social; afinal de contas, conforme prevê o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, a família é a base da sociedade.

1 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO DE FILIAÇÃO

No presente capítulo, buscar-se-á estabelecer as bases conceituais gerais necessárias ao entendimento da problemática a qual se pretende elucidar. Nesse sentido, inicialmente, será apresentada a grande mudança ocorrida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal de 1988. Essa abordagem será importante para determinar o atual conceito de família e, sobretudo, compreender a influência da ordem constitucional vigente para o direito de filiação.

Serão abordados também os princípios gerais de direito e os princípios do direito de família afetos à filiação. Nesse ponto, a intenção será apresentar a base principiológica que pode ser utilizada na solução de conflitos entre paternidade socioafetiva e biológica.

Por fim, será tratado o tema filiação no tocante a evolução desse instituto, o seu conceito e natureza jurídica, para, ao final, fazer uma breve distinção entre direito de filiação e direito à busca da origem genética. Desse modo, buscar-se-á explicitar a grande relevância do vínculo de filiação para a pessoa humana, bem como da paternidade que nada mais é do que uma das facetas da filiação.

1.1 A Transformação do Conceito de Família no Direito Brasileiro: Da família tradicional à família eudemonista

Para sobreviver, os seres humanos necessitam pertencer a uma estrutura que lhes proporcione o seu desenvolvimento pleno, na medida em que a espécie humana exige cuidados específicos, principalmente nos primeiros anos de vida, o que faz surgir um vínculo de dependência com o que se entende por família.¹

Com efeito, o que vem a ser família? Parece uma pergunta simples, contudo esse conceito sofreu grandes alterações conforme o desenvolver da realidade social.²

Sob a égide do Código Civil de 1916, a família legalmente reconhecida era aquela constituída pelo vínculo do casamento, sendo esta entidade de cunho patriarcal e hierarquizada.³ Era patriarcal na medida em que a condução da família estava nas mãos do

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362.

² Ibidem, p. 41.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

homem que era o chefe de família; e hierarquizada, porque o homem como condutor da família, detinha poderes e direitos que não eram conferidos a sua mulher ou filhos, havendo uma clara desigualdade entre os membros da família.⁴

A chamada família tradicional, portanto, era aquela fundada no vínculo matrimonial, que se estruturava em torno do patrimônio, conduzida pelo homem em condição de superioridade a sua mulher e filhos⁵ e que apresentava finalidades específicas de ordem econômica, religiosa, política e procracional.⁶

Tal conceituação implica uma visão estática e até mesmo discriminatória da família, na medida em que era centrada na figura do homem e condicionava a existência da entidade familiar aos laços do matrimônio.⁷

O referido Código, em seu art. 229⁸, determinava como efeito primordial do casamento a criação da família legítima, excluindo da tutela do Direito todo outro tipo de arranjo familiar que não fosse formado por marido, mulher e filhos frutos do casamento.⁹

Como exemplo de família não legítima é possível citar aquelas que advindas do concubinato, recusando-se a legislação a reconhecer quaisquer efeitos derivados de outros vínculos que não fossem o conjugal.¹⁰

De maneira evidente, na valoração da família, aspectos de direito e moral se confundiam.¹¹

Em que pese os esforços legais voltados à manutenção de um modelo de família baseado na ética cristã, isso não impediu que outras relações, diversas das legalmente reconhecidas, fossem estabelecidas no seio da sociedade.¹²

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 180.

⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18.

⁶ PEREIRA, op. cit., p. 211.

⁷ LUZ, Valdemar P. da. *Manual de Direito de Família*. 1. ed. Barueri: Manole, 2009. p.1-2.

⁸ BRASIL. Lei no 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

¹⁰ Ibidem, p. 28.

¹¹ SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 171.

¹² DIAS, Maria Berenice. *As Famílias de Hoje*. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/21/As+fam%C3%ADlias+de+hoje>>. Acesso em 22 mar. 2014.

Consequentemente, começam a surgir demandas referentes a essas transformações no âmbito do judiciário, tornando cada vez mais real a necessidade de se efetuar mudanças na legislação.¹³

Percebe-se, assim, que a visão de família fundada no vínculo conjugal, paternalista e hierarquizada, iniciou um processo de evolução, ensejando modificações legislativas.

Nesse sentido, é possível destacar o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), segundo o qual a mulher passa a ter um papel de colaboração na condução da família, conferindo-lhe, inclusive, capacidade para obter a propriedade de bens reservados, sendo estes frutos de seu trabalho.¹⁴

Por outro lado, com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), tem-se que o casamento não é mais um instituto indissolúvel. Esse fato, desestruturou definitivamente o parâmetro até então utilizado para fundamentar o conceito de família, qual seja, a sociedade conjugal¹⁵, e com isso abriu portas para a formação de novas estruturas familiares como as famílias monoparentais e as famílias mosaico.¹⁶

Todavia, a mudança definitiva no conceito de família se deu com o advento da Constituição de 1988, porquanto a Carta Magna trouxe uma nova ordem de valores, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, inovando e promovendo essencialmente uma nova organização estrutural do Direito de Família.¹⁷

As principais inovações trazidas pelo texto constitucional dizem respeito: a) a existência de pluralidade de formas para a constituição da família, isto é, passaram a ser reconhecidos pela lei outros tipos de entidades familiares, além daquelas decorrentes das justas núpcias, como, por exemplo: as constituídas pela união estável, bem como as famílias monoparentais; b) a igualdade entre os filhos, imprimindo uma modificação no sistema de filiação com a devida proibição de qualquer tipo de discriminação entre filhos havidos do casamento ou não; c) a consagração da igualdade de direitos e deveres entre mulheres e homens¹⁸; d) estabelece o livre planejamento familiar, significando que as pessoas tem liberdade para constituírem o tipo familiar que bem desejarem, sem que haja interferência do

¹³ DIAS, Maria Berenice. *As Famílias de Hoje*. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/21/As+fam%C3%ADlias+de+hoje>>. Acesso em 22 mar. 2014.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

Estado ou da sociedade na forma de condução da família, desde que respeitados os direitos de cada um de seus membros.¹⁹

Em razão da criação de novos paradigmas, seguiu-se a implementação de nova legislação, como, por exemplo, a edição do Código Civil de 2002, que se fez necessária para acompanhar a nova ordem constitucional.²⁰

Ocorre que as transformações sociais não pararam por aí, e atualmente novas formas de entidades familiares, não contempladas expressamente pelo constituinte, fazem-se cada vez mais presentes na realidade social brasileira. Citem-se como exemplo aquelas decorrentes de uniões homoafetivas, das relações socioafetivas, sem embargo, as novas configurações de multiparentalidade.²¹

É por isso que, frente a todas essas alterações legislativas e sociais, sobretudo, a real existência de tamanha pluralidade de configurações familiares, tem-se uma grande modificação do conceito de família que passa a ser mais amplo, visando abarcar todo e qualquer tipo de arranjo familiar; trata-se de uma visão pluralista da família.²²

Por conseguinte, importa destacar as lições de Maria Berenice Dias, acerca do assunto, *verbis*:

“Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter pessoal. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.”²³

A nova concepção de família está intimamente ligada às ideias de afetividade, pluralidade e solidariedade, sendo que o foco das relações familiares deixou de ser patrimonial e passou a ser o próprio indivíduo. A família, mormente, deixou de ser uma instituição para ser um instrumento, na medida em que serve como um meio de desenvolvimento da personalidade de seus membros, visando à formação de cidadãos, o que justifica a especial proteção do Estado.²⁴

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33-34

²¹ DIAS, Maria Berenice. *As Famílias de Hoje*. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/21/As+fam%C3%ADlias+de+hoje>>. Acesso em 22 mar. 2014.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41-42.

²³ *Ibidem*, p. 40.

²⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

Nesse sentido, surge a ideia de família eudemonista a qual tem como objetivo garantir condições suficientes de desenvolvimento da personalidade de seus componentes, proporcionando sua felicidade, isto é, a sua de realização pessoal como ser humano.²⁵

Conclui-se, então que a definição atual de família deve ser compreendida como o grupo de pessoas que se unem, primordialmente por laços de afeto, estando presente ou não a consanguinidade, permanecendo nessa condição, por razões de comunhão de interesses, ainda que estes sejam, simplesmente, a busca da felicidade.²⁶

1.2 Princípios Norteadores Para o Estabelecimento do Vínculo Filial

O estudo de princípios é de interesse a todos os ramos do Direito, dado o seu caráter geral norteador, que se irradia e delimita as bases nas quais se estruturam qualquer disciplina normativa.²⁷

Para o Direito de Família, o estudo principiológico de ordem constitucional, tornou-se mais do que fundamental, haja vista que os novos princípios trazidos pela Carta Magna de 1988 afetaram diretamente essa disciplina, delineando novos contornos a serem seguidos.²⁸

Isso significa que o Direito de Família, com o advento da Constituição Federal, teve de se reestruturar de modo a estar em conformidade com a nova ordem constitucional, proporcionando a esta efetividade.²⁹

Com efeito, trata-se do fenômeno da “constitucionalização do Direito Civil”³⁰, na medida em que o texto constitucional consagra princípios gerais que se irradiam e determinam o modo de se interpretar não só as leis, mas o sistema jurídico como um todo.

E nesse contexto, o ordenamento jurídico, cada vez mais, busca um ideal de justiça tendo por base os princípios.³¹

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

²⁶ Ibidem, p.25-58.

²⁷ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

²⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 4-6.

²⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 40-43.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

³¹ Ibidem, p. 40.

Mas não apenas os princípios constitucionais importam a esse ramo do Direito. Importa nesse ponto destacar a diferença entre os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito.

Os primeiros são determinações gerais sobre as quais se sustenta o sistema legal, conferindo-lhe coerência e unidade³². Em outros termos, os princípios constitucionais estabelecem preceitos genéricos que devem ser observados e seguidos por toda a legislação. Já os segundos são extraídos do corpo normativo infraconstitucional e são invocados, geralmente, quando houver lacunas na lei.³³

Destaque-se ainda que os princípios podem ser expressos ou implícitos. Os primeiros estão contidos expressamente na legislação, enquanto os segundos, ainda que não declarados explicitamente, podem advir de construções doutrinárias e jurisprudenciais a partir da exegese do texto normativo, tendo como base a ética e valores.³⁴

Outro aspecto relevante dos princípios, é que, hodiernamente, entende-se que estes são dotados de “força normativa, superando a falsa crença de que teriam, tão somente, uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia jurídica”.³⁵

O reconhecimento de tal característica autoriza a aplicação direta e concreta dos princípios na solução de conflitos, eis que se constituem como “normas jurídicas abertas”.³⁶ De todo modo, isso não afasta o seu caráter genérico e abstrato capaz de influenciar as regras jurídicas, isto é, sua força supletiva.³⁷

Destarte, tendo em vista a força normativa dos princípios, os mesmos têm sido frequentemente utilizados como um instrumento para dirimir conflitos³⁸, de modo a assegurar os ideais de justiça e equidade, especialmente nos casos em que se observa o conflito entre princípios que, em última análise, é nada mais do que uma colisão de direitos fundamentais.³⁹

³² FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

³⁴ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais Aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na Relação Paterno-Filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 27 mar. 2014.

³⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 39.

³⁶ Ibidem, p. 39.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 60.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

³⁹ DIAS, op. cit., p. 62.

Uma vez estabelecida, em termos gerais, a importância principiológica, importa agora delimitar os princípios relacionados à filiação, os quais poderão ser invocados quando da colisão de direitos fundamentais ligados à paternidade biológica e socioafetiva. Isso, sempre tendo em mente as peculiaridades do caso concreto, a força normativa dos princípios e sua aplicação direta e imediata na solução de conflitos dessa natureza.

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce fundamental do Estado Democrático de Direito⁴⁰, sendo expressamente declarado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III.⁴¹

É, portanto, como muitos dizem, um princípio maior, de relevância primordial⁴² o qual se propagou de tal modo na ordem constitucional que acabou por modificar a forma de se pensar o sistema jurídico. Em outros termos, a dignidade humana se tornou “o princípio e o fim do Direito”⁴³, não havendo mais possibilidade de se pensar em direitos desvinculados dessa ideia.

Como fundamento e valor essencial da ordem constitucional brasileira, o princípio da dignidade humana expressa uma clara opção pelo ser humano, isto é, observa-se que os institutos jurídicos passam a ter como enfoque a realização da personalidade humana.⁴⁴

Com efeito, o foco do Direito, anteriormente, de cunho flagrantemente patrimonial, é redirecionado à figura humana, ocorrendo uma “personalização dos institutos jurídicos”. E, nesse sentido, o referido princípio serve não apenas como um limite à atuação Estatal, impedindo-se abusos e violações à dignidade humana, mas também como uma forma de guiar as ações positivas do Estado, as quais devem resguardar e garantir o mínimo existencial dos seres humanos.⁴⁵

Embora, a Constituição de 1988 tenha consagrado a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, é certo que a ideia contida no mesmo não é recente. No século XVIII, Immanuel Kant já havia conceituado dignidade em seu trabalho “Fundamentos da

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35-36.

⁴² Ibidem, p. 35-36.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114-115.

⁴⁴ DIAS, op. cit., p. 66.

⁴⁵ Ibidem, p. 66.

Metafísica dos Costumes”, o que acabou influenciando toda a concepção atual do referido princípio.

Para o aludido filósofo alemão, o homem jamais deve ser utilizado como um instrumento para a obtenção de um fim ou de uma ação, ou seja, ele não deve ser um meio de satisfação das vontades alheias. Porquanto, a natureza humana faz do homem um ser dotado de um senso de racionalidade e moralidade, conferindo-lhe valor inestimável, isto é, que não pode ser taxado por um preço. Destarte, o ser humano, estaria em uma condição superior a das coisas, e seu valor intrínseco seria a dignidade.⁴⁶

Consequentemente, perceber o homem como um ser não passível de avaliação ou mensuração, importa numa qualificação mais específica ao homem, qual seja: de pessoa.⁴⁷

Acerca da teoria do grande filósofo alemão, Rodrigo Pereira da Cunha destaca que “as coisas tem preço e as pessoas, dignidade”. Por isso mesmo, na medida em que as coisas possuem um preço, elas são substituíveis por outras, já a pessoa humana, não pode ser trocada por outra equivalente, bem como não tem preço, porquanto é dotada de dignidade.⁴⁸

Conclui-se assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana será violado sempre que uma ação ou omissão redundar na coisificação da pessoa, equiparando-a a coisa disponível.⁴⁹

No tocante ao Direito de Família, percebe-se uma ligação intrínseca dessa área ao princípio da dignidade da pessoa humana. É de todo inconcebível a inobservância desse princípio, uma vez que ele se relaciona tão diretamente com os demais princípios desse ramo do Direito como: a igualdade entre os filhos, a pluralidade de entidades familiares, a solidariedade, a afetividade, a convivência familiar e tantos outros.⁵⁰

Ademais, a mudança do conceito de família foi, em grande parte, influenciada por tal princípio.

⁴⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1995. p. 75-78.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115-121

⁴⁷ PEREIRA. *Ibidem*, p. 116.

⁴⁸ KANT, op. cit., p. 77.

PEREIRA, op. cit., p. 117.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 36.

A família patriarcal, por exemplo, era espaço propício para constantes violações à dignidade das figuras da mulher e dos filhos. Isso porque apenas o chefe de família era detentor de direitos, cabendo a ele a direção da família como bem lhe aprouvesse, pois ao Estado não cabia interferir nas relações familiares.⁵¹

Desse modo, restavam desprotegidos e desamparados os demais membros da família, uma vez postos pela própria legislação em condição de completa desigualdade ante o patriarca, logo, suscetíveis a abusos perpetrados pelo mesmo.⁵²

Contudo, atualmente, não há mais como pensar em uma família na qual alguns membros sejam menos dignos do que outros, haja vista que à família cumpre a função de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, com vistas a uma vida digna.⁵³

Portanto, a família entendida como uma entidade destinada à realização da dignidade de seus membros, nada mais é do que uma clara expressão de respeito ao princípio da dignidade humana.

Por fim, importa apenas destacar um julgado em que se aplica o referido princípio no tocante ao tema paternidade.

“EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.

1. Vício de consentimento: Não demonstrada a alegada coação no registro de nascimento onde o autor reconheceu o réu como seu filho, improcede a ação negatória de paternidade.
2. Recusa do réu/filho ao exame de DNA: A recusa do réu/filho em se submeter ao exame de DNA não pode ser considerada em seu desfavor, se o ônus da prova do fato constitutivo do direito de anular o registro de nascimento era do autor.
3. Filiação socioafetiva: A paternidade socioafetiva que se estabeleceu entre os litigantes nos primeiros anos de vida do réu/filho, impede a procedência da negatória, sob pena de afronta ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), também consagrado no Código Civil em vigor, através do direito da personalidade (art. 11 e s.).
4. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.”⁵⁴

⁵¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

⁵² *Ibidem*, p. 61.

⁵³ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais Aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na Relação Paterno-Filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A0veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 30 mar. 2014.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 70028152833. Relator José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, DJ: 17 abr. 2009. Disponível em: <

No caso destacado, percebe-se a impossibilidade de desconstituição de vínculo paterno-filial após a constatação da existência de vínculo socioafetivo, porquanto isso implicaria uma violação à dignidade do filho, na medida em que não se pode macular o direito de filiação do filho, para satisfazer a vontade do pai em se desincumbir de uma função que livremente assumiu. Isso implicaria a coisificação da pessoa humana, o que é claramente uma violação ao princípio da dignidade.⁵⁵

1.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade, antes de se constituir como um princípio juridicamente declarado, era tida apenas como um dever moral que se imbuía de um sentimento de compaixão pelo próximo. Como princípio jurídico, é o art. 3º, inciso I, da Constituição da República de 1988 que estabelece o dever de solidariedade.⁵⁶

Para uma melhor apreensão do sentido de que se reveste o princípio em questão, importa destacar o entendimento de Maria Berenice Dias:

“Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. [...]”⁵⁷

A partir dessa compreensão, no âmbito familiar, o princípio da solidariedade encontra-se presente nos deveres recíprocos entre os membros de uma unidade familiar.⁵⁸

Tome-se como exemplo: o dever prioritário da família de proteger e garantir os direitos das crianças e adolescentes (art. 227, CF); o dever de amparo aos idosos (art. 230, CF), o dever de assistência material, psicológica e afetiva imposto aos pais relativamente a seus filhos (Art. 229, CF); o dever dos filhos de cuidarem dos pais na velhice; a assistência mútua que deve existir entre cônjuges e companheiros; a imposição de obrigação alimentar

⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 70028152833. Relator José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, DJ: 17 abr. 2009. Disponível em:

<[⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=a%E7%E3o+negat%F3ria+de+paternidade&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70028152833.%28T ipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipo Decisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AJos%25C3%25A9%2520Ata%25C3%25ADdes%2520Siqu eira%2520Trindade>. Acesso em: 29 mar. 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 69.

entre parentes; o dever dos cônjuges em contribuir para o sustento familiar de forma proporcional aos seus rendimentos, entre outros.⁵⁹

Infere-se, portanto, que a partir da ideia de solidariedade surgem nas relações familiares um ideal de respeito recíproco, cooperação e cuidado entre os membros de uma família, cujas bases normalmente se calcam no afeto, mas que, da mesma forma, não devem deixar de existir em caso de desamor.

Como forma de delinear de forma prática os contornos do aludido princípio, traz-se a colação o seguinte julgado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM FAVOR DO PAI AFETIVO, QUE CRIOU A FILHA DE SUA ESPOSA, FRUTO DE UMA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL, DESDE O NASCIMENTO DA MENOR (EM 1997) E A MANTÉM NO SEIO FAMILIAR, CONSTITUÍDO PELO CASAL E MAIS TRÊS FILHOS. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, DECLARANDO A INFANTE COMO FILHA LEGÍTIMA DO ORA RÉU, PAI BIOLÓGICO, INSUBSISTENTE. AUTOR E FILHA SOCIOAFETIVA RECOLOCADOS À SITUAÇÃO LEGAL JUSTA, BASEADA EM FATO CONCRETIZADO, QUE NÃO MERECIA TER SOFRIDO ALTERAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO BASEADA NO AMOR, NA SOLIDARIEDADE E NO SENTIMENTO PURO DE ACEITAÇÃO RECÍPROCA. Doutrina do professor Paulo Luiz Netto Lobo ensina que “[...] O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. [...] Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu. [...] Os estados de filiação não-biológica [...] são irreversíveis e invioláveis, não podendo ser contraditados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela de direito da personalidade. [...] O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. [...] O pai biológico não tem ação contra o pai não-biológico, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. Se, apesar desse fato, forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la para fazer valer a paternidade biológica, sem quebra da ordem constitucional e do sistema do Código Civil. [...] O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226-227.

personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. [...]”⁶⁰

A partir da leitura da ementa acima, percebe-se, no caso concreto, a constituição do vínculo paterno-filial de ordem afetiva, na qual a existência de solidariedade, isto é, o respeito, a cooperação e cuidados recíprocos entre um pai socioafetivo e sua filha, ensejou, junto a outros critérios, a desconstituição do vínculo filial anteriormente estabelecido.⁶¹

1.2.3 Princípio da Pluralidade de Entidades Familiares

A partir da Constituição Federal de 1988 as estruturas familiares assumiram novas formas. Para entender essa assertiva basta ter em mente que, no sistema jurídico anterior, o casamento era a única forma de entidade familiar constitucionalmente reconhecida.⁶²

Dessa maneira, as demais formas de família, que existiam na realidade fática da sociedade, eram relegadas e invisíveis aos olhos do Direito de Família. Apenas algumas uniões extramatrimoniais eram tidas por sociedades de fato, mas, de todo modo, sua natureza familiar era negada.⁶³

No momento em que a família matrimonializada deixa de ser a única base da sociedade, o espectro das formas de composição familiar se expande. E, nesse contexto, tem-se que o princípio da pluralidade de entidades familiares nada mais é do que o reconhecimento de outras formas de entidades familiares além do casamento.⁶⁴ Em outros termos, é a determinação de que é possível a existência da família através de outros arranjos familiares.

Percebe-se então que a atual Constituição Brasileira alargou o conceito de família e adequou o texto constitucional à realidade social⁶⁵, tratando em seu art. 226 de outras formas de entidades familiares como a união estável e as famílias monoparentais.

⁶⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2008.018013-7. Relator Ronaldo Moritz Martins da Silva. DJ: 05 mai. 2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAaKi+jAAc&categoria=acordao>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁶¹ SANTA CATARINA. Ibidem.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

⁶³ Ibidem, p. 70.

⁶⁴ Ibidem, p. 70.

⁶⁵ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.

Ocorre que, o art. 226 da Constituição Federal⁶⁶, especificou apenas dois tipos de entidades familiares além do casamento, o que gerou certa discussão acerca da taxatividade ou não do referido dispositivo.⁶⁷

O que prevalece atualmente é o entendimento em favor da não taxatividade do art. 226, isto é, as formas de entidade familiar constitucionalmente elencadas são meramente exemplificativas, não se esgotando ou exaurindo todas as variações de organizações familiares existentes.⁶⁸

Para se chegar a tal conclusão, basta por em foco o que dispunham as constituições anteriores quanto ao mesmo tema. Nesse sentido, estas determinavam, ainda que com redações próprias, que a família, constituída pelo casamento, é detentora de proteção do Poder Público.⁶⁹

Já no atual texto constitucional, com a supressão da expressão “constituída pelo casamento”, o *caput* do art. 226 ampliou esse conceito definindo que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁷⁰, podendo-se inferir que restou estabelecida uma “cláusula geral de inclusão”⁷¹, isto é, uma proposição que irá abarcar toda e qualquer forma de arranjo familiar existente.

Desse modo, ante o princípio da pluralidade de entidades familiares, a família deve ser vista de maneira ampla, independentemente do modelo familiar adotado. Outrossim, a tarefa de reconhecimento das espécies de arranjos familiares possíveis juridicamente ocorrerá no cotidiano, tendo-se sempre em vista os anseios da sociedade e a necessidade de se compatibilizar o direito aos avanços sociais.⁷²

Inferese, portanto, que o princípio da pluralidade das entidades familiares, é aquele que impõe ao Direito o reconhecimento das mais diversas formas de arranjos familiares, sendo que todo tipo de modelo familiar é merecedor da tutela jurídica estatal.

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁶⁷ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 43-47.

⁶⁸ Ibidem. p. 43-47.

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193-194.

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁷¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 44.

⁷² Ibidem, p. 43-48.

1.2.4 Da Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes.

No Brasil, a legislação referente aos direitos das crianças e adolescentes passou por três fases distintas: a) a do direito penal do menor; b) a do menor em situação irregular e c) a da proteção integral.⁷³

No período do Direito Penal do Menor, a legislação apenas se preocupava com os menores quando estes praticassem atos de delinquência, ou seja, o tratamento legal dispensado ao menor estava intrinsecamente relacionado a questões penais.⁷⁴

Esse tipo de visão estava presente no Código Penal de 1890, bem como no Código de Menores de 1927⁷⁵, também conhecido como Código de Mello Matos⁷⁶.

Por sua vez, a segunda fase, foi marcada pela Teoria da Situação Irregular, que, de certa forma, foi um avanço em relação ao período anterior, porque ampliou os casos em que o Direito tutelaria os menores.⁷⁷

Nesse sentido, o art. 2º do Código de Menores de 1979, trazia um rol de situações irregulares as quais os menores podiam estar sujeitos e, assim, o Poder Público deveria interferir buscando regularizar tais desvios e, dessa forma, garantir o bem estar da coletividade.⁷⁸

Por fim, tem-se à fase da Proteção Integral que foi inaugurada no Direito Brasileiro com a atual Constituição Federal e, posteriormente, ratificada pelo Estatuto da Criança e o do Adolescente (Lei 8.079/90).⁷⁹

A Doutrina da Proteção Integral está calcada em duas ideias principais:

a) Primeiro, de que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos.⁸⁰ Destarte, são detentores de direitos fundamentais gerais, isto é, também comuns aos adultos e de uma

⁷³ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3.

⁷⁴ COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria da Situação Irregular e Teoria da Proteção Integral - Avanços e Realidade Social. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 2, n. 8, p. 65-67, nov./dez. 2000.

⁷⁵ COSTA. Ibidem, 65-67.

⁷⁶ ISHIDA, op. cit., p. 3.

⁷⁷ COSTA, Ibidem, p. 65-67.

⁷⁸ COSTA. Ibidem, p 65-67.

⁷⁹ ISHIDA, Ibidem, p. 3.

⁸⁰ ISHIDA, Ibidem, p. 3.

gama de direitos fundamentais próprios⁸¹, que decorrem de sua condição especial de pessoas em desenvolvimento;

b) Segundo, que tais direitos devem ser assegurados, em absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado.⁸²

Portanto, o que se percebe é que a Doutrina da Proteção Integral, muda o enfoque dado pelas legislações anteriores que se preocupavam em tutelar o menor apenas em situações específicas, ou seja, as crianças e adolescentes deixam de ser meros “objetos de intervenção jurídica e social”⁸³.

Com efeito, a referida doutrina, em consonância com o princípio da dignidade humana, lança as bases para uma proteção efetiva, porque reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito, bem como estabelece um cuidado especial para com os mesmos, eis que vulneráveis, dada sua peculiar condição de pessoas em formação.⁸⁴

Assim, sob a égide da Doutrina da Proteção Integral, que serve de substrato ao atual Direito da Criança e do Adolescente, tem-se a clara manifestação da referida doutrina no princípio do melhor interesse.⁸⁵

Tal princípio significa que as crianças e adolescentes, em uma situação concreta, devem ter seus interesses atendidos, através de uma atuação da família, da sociedade e do Estado que, com prioridade absoluta, devem garantir os direitos fundamentais dos menores.⁸⁶

Importa aqui destacar, que por interesse do menor não se pode entender a sua vontade, mas sim a situação concreta que melhor lhe assegure seus direitos⁸⁷ estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal, que se transcreve a seguir, *verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 151-153.

⁸² COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria da Situação Irregular e Teoria da Proteção Integral - Avanços e Realidade Social. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 2, n. 8, p. 65-67, nov./dez. 2000.

⁸³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

⁸⁴ COSTA, op. cit., p.67-67.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 20.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 151-152.

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”⁸⁸

Assim, antes da Constituição Federal de 1988, não se observava, por exemplo, em um caso de divórcio o que seria melhor para os filhos, o que iria garantir de forma mais acertada o seu bem estar, mas sim a existência de culpa na separação ou no divórcio. Porém, nos dias atuais, em conflitos dessa espécie, a decisão do juiz deve atender, com primazia, ao melhor interesse dos menores envolvidos, a depender das condições do caso concreto.⁸⁹

Tem-se, portanto, que o princípio do melhor interesse é aquele que, frente um caso concreto, demanda privilegiar situações que atendam os interesses dos menores de modo a garantir seus direitos constitucionalmente assegurados.

No tocante ao tema do presente trabalho, cumpre lançar o seguinte julgado como forma de exemplificar a aplicação do princípio em tela:

“APELAÇÃO CÍVEL. DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PREPONDERANCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. O reconhecimento voluntário de paternidade, daquele que, sabidamente, não é filho da pessoa, sem seguir o procedimento legal, é chamado de "adoção à brasileira".
2. A "adoção à brasileira", apesar de contrária a lei, vem sendo aceita pela sociedade em razão da preponderância da FILIAÇÃO socioafetiva sobre a biológica e do princípio do melhor interesse da criança.
3. Deverá ser mantido o registro civil da criança, mesmo que contrariando a verdade biológica, quando lhe for o mais conveniente.
4. Recurso improvido”⁹⁰

Extrai-se do caso posto em análise que, ante uma situação fática de adoção à brasileira, embora seja esta contrária a lei, não pode ser desconstituído o vínculo filial, uma vez inserida a criança em um seio familiar que supra todas as suas necessidades, bem como lhe assegure seus direitos de forma plena. Nesse caso, é certo que o melhor interesse do menor obriga à manutenção desse vínculo.⁹¹

⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151-163.

⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Cível. Apelação Civil nº 1.0672.00.029573-9/001. Relator Nilson Reis. DJ: 27 fev. 2007. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=C901F05856CD1FFC50DBF8E825DB1163&juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.00.029573-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁹¹ MINAS GERAIS. *Ibidem*.

1.2.5 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade alcançou grandes proporções dentro do Direito de Família, muito embora não seja um princípio expresso na legislação.⁹²

Isso se justifica por diversos fatores, em especial, pela adoção do princípio da dignidade humana como um metaprincípio da ordem constitucional brasileira, bem como pela evolução do conceito de família.⁹³

Ocorre que, conforme já amplamente exposto, a família tradicional que tinha funções rigidamente estabelecidas, isto é, de cunho religioso, patrimonial, político e de procriação⁹⁴, foi cedendo espaço a uma nova concepção de família, qual seja: um grupo de pessoas unidas por anseios comuns e laços de afeto, que as fazem viver em comunhão.⁹⁵

Certamente, esse processo de mudança gerou críticas de todas as partes. Cogitou-se até mesmo que a família estaria em pleno declínio por efeito do grande aumento do número de divórcios, bem como pelo surgimento de novos arranjos familiares nunca antes imaginados como a família homoparental, a recomposta, a monoparental.⁹⁶

Nada obstante, a história nos mostra a perpetuação da entidade familiar sob uma nova perspectiva, na qual as relações desenvolvidas em seu seio são cada vez mais diversas, vivas e intensas, eis que calcadas substancialmente no afeto.⁹⁷

A família, assim pensada, assume a função de ser um *locus* propício ao desenvolvimento da dignidade e da personalidade de cada um de seus componentes. Logo, o elemento agregador da família não pode ser outra coisa senão o afeto, que passa a ser reconhecido como um valor jurídico e depois como princípio jurídico da afetividade.⁹⁸

⁹² TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁹³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. A Repersonalização das Relações de Famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n 24, p. 155, jun/jul.2004.

⁹⁵ LÔBO, op. cit., p. 71.

⁹⁶ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 77.

⁹⁷ Ibidem, p. 73-78.

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213-215.

Em termos etimológicos, “a palavra afeto provém do latim *affectus*, que se origina da justaposição dos temos latinos *ad* (para) e *fectum* (feito), que significa “feito um para o outro” [...]”.⁹⁹

Portanto, sob esse ponto de vista e em razão da função da família constitucionalizada, a afetividade leva em consideração o estado anímico dos sujeitos, de modo que, ao se falar em afeto, a concepção mais usual que se tem do termo nos remete aos sentimentos de amor, compreensão, respeito, cuidado, solidariedade que, usualmente, nutrem e caracterizam as relações familiares.¹⁰⁰

No entanto, questiona-se: e se estiverem ausentes tão nobres sentimentos? Inexistirá a família?

Uma outra forma de se compreender o afeto, foi delineada Flávio Tartuce, a qual parece ligeiramente mais acertada, levando-se em conta esse enfoque.

Para o referido doutrinador, “[...] o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa”¹⁰¹. Sendo assim, o afeto positivo, se reveste de um significado mais comum ao termo, isto é, de cuidado, afeição, carinho, cooperação, cumplicidade e amor. Já o afeto negativo, seria o ódio, o desamor, a incompreensão, a raiva, a indiferença. De modo que nas relações familiares ambas as acepções estariam presentes.

Sob esse prisma, de forma mais clara, percebe-se a impossibilidade de desconstituição de um vínculo familiar conjugado pelo afeto, pois pouco importará a mudança do afeto positivo para o negativo, eis que sempre estará presente o afeto.¹⁰²

Por outro lado, pelo que se percebe, a afetividade desponta como um elemento caracterizador das entidades familiares. No entanto, indaga-se agora: sempre que há afeto, existirá família?

⁹⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 105.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói*: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 53.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações, 2012. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%A9lia+>>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

¹⁰² TARTUCE. Ibidem.

É claro que não, pois o afeto pode estar presente em outros tipos de relações humanas distintas das relações familiares.¹⁰³ Sendo assim, como constatar a existência de uma entidade familiar? Quais limites separam uma unidade familiar de uma amizade, por exemplo?

É que a afetividade não é o único elemento caracterizador de uma unidade familiar. Nesse sentido, são elementos verificadores da existência de uma entidade familiar: a) afetividade, que é a razão da união familiar, o seu elemento agregador; b) a estabilidade, de modo a se excluir relacionamentos casuais e esporádicos, nos quais não haja a comunhão de vidas; e c) a ostentabilidade, ou seja, se a unidade familiar se apresenta como tal para a sociedade e a forma como esta última percebe aquela unidade familiar.¹⁰⁴

Por fim, dada a relevância do princípio da afetividade para o Direito Contemporâneo, é possível destacar quatro grandes consequências jurídicas advindas de sua aplicação. A primeira é relativa ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões homoafetivas, em razão de sua equiparação à união estável. A segunda diz respeito à possibilidade de indenização civil em face do abandono afetivo. A terceira é referente à inclusão da parentalidade socioafetiva como uma forma de filiação. E a quarta define os novos contornos da multiparentalidade.¹⁰⁵

Conclui-se, assim, que o princípio da afetividade entendido como uma interação entre pessoas que, em geral, está relacionado ao amor, respeito, carinho e cuidado desenvolvidos no dia a dia das relações familiares, não só é de ampla aplicação e importância no cenário jurídico atual, como também é um fundamento capaz de permitir a construção de raciocínios jurídicos inovadores mais adequados à realidade social.

Por fim, destaque-se apenas um julgado que ilustra o uso do referido princípio pela jurisprudência pátria:

“APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - DIREITO INDISPONÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO
- A filiação socioafetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do

¹⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em 03 abr. 2014.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações*, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea.

- Não se encontra um verdadeiro vício do consentimento em razão de erro, na medida em que o pai registral tinha conhecimento de que poderia não ser o pai biológico da criança.

- De acordo com o art. 27 do ECA, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”¹⁰⁶

Infere-se desse julgado que o princípio da afetividade foi invocado para ensejar o reconhecimento da paternidade afetiva que é aquela que deriva do afeto (“laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais”) que nasce do cotidiano, da convivência familiar.¹⁰⁷

Ademais, a ementa trazida à colação demonstra, de forma evidente, a aplicação de praticamente todos os princípios trabalhados, o que demonstra que os mesmos estão efetivamente relacionados entre si e com o estabelecimento do vínculo paterno-filial.

1.3 Filiação

A palavra filiação provém do latim *filiatio*, significando procedência, dependência, enlace.¹⁰⁸

Ao se falar em filiação, primordialmente, remete-se a uma ideia de perpetuação da espécie humana através da procriação, com a transmissão de características genéticas aos descendentes.¹⁰⁹

Tais significações, etimológica e biológica, respectivamente, permitem uma compreensão geral e inicial, necessária, da filiação, mas não chegam a evidenciar o real conceito do referido instituto.

Ocorre que, ainda que de um ponto de vista biológico, todo ser humano possui um pai e uma mãe, pois a procriação é um fato natural, entretanto “sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos”.¹¹⁰

¹⁰⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível. Apelação Civil nº 1.0433.11.016624-9/001. Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. DJ: 11/02/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0433.11.016624-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

¹⁰⁷ MINAS GERAIS. Ibidem.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227.

De todo modo, dentre os diversos tipos de parentesco existentes, a filiação desponta como a mais relevante, em virtude do grau de proximidade do vínculo que se forma entre pai, mãe e filho e, sem dúvida, pelo papel que cada um desses sujeitos desempenha uns nas vidas dos outros.¹¹¹

Trata-se, portanto, de uma “relação jurídica multifacetária”¹¹² que pode ser vista sob três perspectivas distintas: do pai (paternidade); da mãe (maternidade) e do filho (filiação propriamente dita).

Assim, uma vez que o foco do presente estudo, é voltado para as formas de estabelecimento do vínculo paterno-filial, é imprescindível compreender a essência do direito à filiação no qual se insere a relação pai-filho.

1.3.1 Evolução do Direito à Filiação: As mudanças trazidas pela Constituição de 1988

O tratamento jurídico reservado aos filhos no Direito Brasileiro sofreu grandes alterações no decorrer do século passado.¹¹³

Para melhor ilustrar essas transformações, tomar-se-á por base como era disciplinado o direito de filiação no Código Civil de 1916 e como passou a ser pensando o mesmo direito após a edição da Constituição Federal de 1988.

Predominava no Direito de Família, na vigência do Código Civil de 1916, a visão de que a filiação seria um vínculo jurídico derivado da procriação, o qual unia pai e mãe - aqueles que, pela junção de seu material genético no processo de reprodução, dão origem a uma nova vida - aos filhos - aqueles nascidos dos primeiros. Dessa forma, estabeleceu-se, em lei, a filiação como a relação de parentesco, de origem biológica, entre um ascendente e seu descendente imediato ou de primeiro grau.¹¹⁴

Ademais, tinha-se também a figura do casamento como legitimadora das relações familiares, o que se refletia igualmente no direito de filiação, na medida em que se estabelecia um tratamento diferenciado entre os filhos.¹¹⁵

¹¹¹ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 559.

¹¹² Ibidem, p. 565.

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 229.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-8.

¹¹⁵ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 10.

Portanto, para o Código Civil de 1916, a filiação, além de possuir um cunho eminentemente biológico, era classificada em legítima, legitimada, ilegítima e adotiva.¹¹⁶

De forma simplificada, pode-se dizer que a filiação: a) legítima era aquela que decorria do casamento, sendo a ela aplicáveis todas as presunções constantes no art. 338 do aludido diploma legal; b) legitimada aquela que, após a concepção ou o nascimento do filho, sobrevinha o casamento dos pais, sendo esses filhos de todo equiparados aos legítimos; c) ilegítima, por sua vez, a que não era fundada sob o vínculo matrimonial, ou seja, eram todos aqueles que procediam de relações extramatrimoniais, mesmo que naturais (frutos de um relacionamento entre homem e mulher não impedidos de casar) ou espúrios (nascidos de uma relação entre pessoas impedidas por lei de casar, seja por razões de afinidade, parentesco ou casamento anterior); sendo que a lei concedia alguns direitos aos primeiros (reconhecimento voluntário, por exemplo) e vedava, aos segundos, qualquer tipo de direito; e d) adotiva era aquela instituída mediante escritura pública, a qual era desprovida de direitos sucessórios, em favor dos filhos legítimos.¹¹⁷

Ante essa verdadeira classificação dos tipos de filhos, verifica-se que os vínculos que não tivessem por alicerce o casamento não obtinham proteção plena do sistema jurídico, isso quando não eram totalmente excluídos da tutela do Direito. Ou seja, condicionavam-se os direitos dos filhos ao vínculo jurídico existente entre seus pais.¹¹⁸

Não restam dúvidas, de que a lógica na qual se insere esse tratamento discriminatório é de ordem patrimonial, eis que a grande preocupação do ordenamento jurídico era no sentido de garantir a transmissão do patrimônio familiar aos herdeiros consanguíneos, mantendo-o dentro da estrutura matrimonializada da família.¹¹⁹

Em apertada síntese e em linhas gerais, essa era a forma como era percebida a filiação no Código Civil de 1916.

Contudo, em termos sociais, diversos fatores impulsionaram mudanças legislativas, sendo assim narrados por Silvo de Salvo Venosa:

“Durante o século XX, a família, o casamento e as relações de filiação sofreram profunda transformação social. A família tradicional, unida pelo casamento, era o

¹¹⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19-20.

¹¹⁷ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 567.

FUJITA, op. cit., p.19-20.

¹¹⁸ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11-12.

¹¹⁹ FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 568.

mecanismo apropriado para transmitir os bens por via hereditária por gerações. O sistema socioeconômico era baseado na propriedade da terra, na riqueza imobiliária sob a condução do pater. O enfraquecimento do poder patriarcal faz-se sentir e o reconhecimento de direitos e deveres decorrentes do pátrio poder ou poder familiar prepara o terreno para a ampla modificação legislativa do final do século XX. [...] O foco e o centro de produção econômica deixam de ser a família. As expectativas da família concentram-se doravante muito mais em uma perspectiva de consumo do que de produção. O homem e a mulher integram-se nas atividades produtivas e de serviço que se realizam fora do convívio familiar. Os filhos são formados e educados para ingressar nesse ambiente de trabalho altamente competitivo, fora da estrutura autoritária do poder paternal. [...]”¹²⁰

Com efeito, nos anos que se sucederam até a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a nossa legislação foi sendo gradualmente alterada, de modo a conferir alguns direitos de ordem familiar e sucessória aos filhos que não fossem legítimos.¹²¹

Citem-se alguns exemplos como: a Constituição Federal de 1937 a qual equiparou os filhos naturais aos legítimos; o Decreto-lei nº 3.200/1941 que proibiu que se fizesse constar nas certidões de nascimento o tipo de filiação, isto é, se legítima ou ilegítima, a não ser por pedido do interessado ou por determinação judicial; o Decreto-lei 4.737/1942 que criou para os filhos ilegítimos a possibilidade de seu reconhecimento após o desquite do pai ou da mãe; a Lei do Divórcio que abriu a possibilidade de reconhecimento por testamento cerrado, durante o matrimônio, de filhos havidos fora do casamento e que, igualmente, determinou o direito a herança para os filhos, qualquer que fosse a natureza de sua filiação.¹²²

Em que pese essas pequenas mudanças legislativas, a grande virada para o direito de filiação veio com a atual Constituição da República.

O texto constitucional além determinar as bases para o estabelecimento de uma nova ordem jurídica, estabeleceu o princípio da igualdade na filiação, encerrando um grande período de discriminações quanto à figura dos filhos.¹²³

Tal princípio está consagrado no art. 227, §6º que dispõe: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”¹²⁴.

Verifica-se que o referido comando legal aplica a isonomia ao âmbito familiar¹²⁵, impedindo-se quaisquer distinções entre os filhos, seja em razão do tipo de relação existente

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 229.

¹²¹ Ibidem. p. 228.

¹²² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21-24

¹²³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 485.

¹²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 abr. 2014.

(matrimônio, união estável, nenhum vínculo jurídico), seja em razão de sua origem (biológica, civil ou afetiva).¹²⁶

Vale dizer, todos os filhos são iguais perante a lei, gozando dos mesmos direitos e da mesma proteção de ordem patrimonial ou pessoal, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio qualquer norma que, ainda que indiretamente, venha a ferir essa igualdade.¹²⁷

A nova ordem constitucional modificou profundamente a concepção de família, conforme já abordado, trazendo para o foco de proteção do Direito a ser humano.¹²⁸ Destarte, o garantismo constitucional, implicou uma funcionalização da filiação no sentido de se proporcionar a realização plena dos sujeitos envolvidos na relação filial, bem como coibiu discriminações como forma de proteção à dignidade do filho como pessoa humana.¹²⁹

1.3.2 Natureza do Vínculo de Filiação

Ante a evolução do direito à filiação e tendo como base as mudanças legislativas e sociais ocorridas, observa-se, igualmente, uma nova forma de se apreender a natureza do vínculo de filiação.

Reprise-se mais uma vez que a família passa a ser um instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus membros. Nesse contexto, a filiação também incorpora essa função familiar, porquanto os pais ao promoverem a realização pessoal de seus filhos estão também promovendo a sua própria felicidade, e vice e versa.¹³⁰

Não há mais como conceber a filiação como um vínculo jurídico calcado unicamente na ordem biológica, muitas vezes com aspectos meramente reprodutivos, porque a essência do vínculo filial encontra-se na vivência, no cotidiano e nessa busca por um desenvolvimento pessoal recíproco.¹³¹

¹²⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 14.

¹²⁶ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 54.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹²⁸ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 42-43.

¹²⁹ FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 568.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 564.

¹³¹ *Ibidem*, p. 564.

Por conseguinte, na medida em que se admitiu um novo elemento estruturante das relações familiares, qual seja: o afeto, o vínculo filial deixou de ser unicamente biológico, para assumir também um caráter socioafetivo.¹³²

Nessa esteira, importa salientar a importância da evolução dos métodos de reprodução assistida, sobretudo, porque nessa situação específica, aquele que apenas doa seus gametas sexuais para a reprodução não será, em termos filiais, considerado pai ou mãe. Há aqui uma clara distinção entre procriação e parentalidade.¹³³

Essa interferência da ciência na reprodução humana, pela utilização de técnicas laboratoriais, fez com que a procriação deixasse de ser “um fato natural para subjugar-se à vontade do homem”, razão pela qual há, de maneira cada vez mais consolidada, a desvinculação da ideia de filiação dos critérios puramente biológicos.¹³⁴

Tal dissociação foi amplamente defendida por João Baptista Villela o qual cunhou a expressão “desbiologização da paternidade” e trouxe a ideia de que a filiação não deriva diretamente de um fato da natureza, mas sim de um fator cultural.¹³⁵

Dessa forma, o simples fato da concepção não gera automaticamente a filiação, porque a mesma está associada ao afeto e será determinada mediante a decisão do indivíduo, posterior ao nascimento, no sentido de se assumir ou não a condição de pai ou mãe.¹³⁶

Assim, passa a ser possível distinguir a figura dos genitores da dos pais, sendo o primeiro apenas aquele que gera, mas que não tem vínculo afetivo com o filho, enquanto os segundos são aqueles que criam, convivem, protegem, cuidam e educam, recaindo sobre estes a filiação.¹³⁷

Tendo como fundamento essa visão, a filiação é primordialmente um fenômeno de caráter social, cultural e afetivo¹³⁸, o que não exclui o critério biológico, haja vista que, em muitos casos, a filiação irá derivar sim da relação biológica, especialmente quando esse critério for o único possível de ser reconhecido em um caso concreto.

¹³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 363.

¹³³ Ibidem, p. 364.

¹³⁴ Ibidem, p. 364.

¹³⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 45-46, jul./set. 1980.

¹³⁶ Ibidem, p. 45-46.

¹³⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.108.

¹³⁸ LÔBO, Paulo. Direito ao Estado de Filiação e o Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Centro de Estudos Jurídicos (CEJ)*, Brasília, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

Uma vez, firmada a natureza da filiação, é possível então conceituá-la como um vínculo de ligação existente entre pais e filhos, pouco importando a origem dessa relação, se biológica ou socioafetiva, criando-se assim uma gama de direitos e deveres recíprocos.¹³⁹

Em termos outros, a filiação pode ser compreendida como um vínculo jurídico, de ordem social, cultural e afetiva, que estabelece o parentesco em linha reta de primeiro grau, ligando uma pessoa a outra, de modo que exista entre elas um liame biológico ou afetivo inserido em uma relação calcada na solidariedade e na busca da realização pessoal de ambos.

1.3.3 O Estado de Filiação como um Direito Personalíssimo: Distinção entre estado de filiação e direito à origem genética

As expressões direito da personalidade ou direito personalíssimo são utilizadas para designar aqueles direitos que são inerentes ao homem, os quais existiam antes mesmo do seu reconhecimento por parte do Estado. Vale dizer, são direitos que são intrínsecos à natureza humana, muitas vezes se confundindo com a própria pessoa.¹⁴⁰

Consequentemente, tais direitos possuem características peculiares, pois são direitos: oponíveis *erga omnes*, não patrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis e intransmissíveis.¹⁴¹

Essa categoria de direitos incorpora atributos indissociáveis à pessoa humana, servindo, portanto, como uma forma de proteção de sua dignidade frente às ações do Estado, bem como frente às ações de outros indivíduos, dada a tendência de exploração do homem pelo próprio homem.¹⁴²

Ocorre que, essa tutela da pessoa humana, que se insere nos direitos da personalidade, está presente tanto no estado de filiação quanto no direito à origem genética. Todavia, há de se distinguir uma coisa da outra.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362-365.

¹⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

¹⁴¹ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.65.

¹⁴² SCHREIBER, op. cit., p. 5.

Como já estudado, filiação implica uma ligação, um vínculo que se forma entre pais e filhos. Já o estado de filiação seria “a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.”¹⁴³

Trata-se do reconhecimento jurídico do vínculo de filiação, com natureza eminentemente de Direito de Família, uma vez que cria uma multiplicidade de direitos e deveres disciplinados por esse ramo do Direito.¹⁴⁴

O estado de filiação pode ser constituído em razão de situações expressamente previstas em lei ou até mesmo em decorrência da afetividade, podendo provir, indistintamente, de uma origem biológica ou socioafetiva.¹⁴⁵

O estado de filiação se materializa no mundo jurídico de diversas formas, entre elas, podem-se citar algumas como: o registro civil em cartório, a investigação de paternidade, o reconhecimento voluntário ou forçado, a adoção.¹⁴⁶

É por intermédio do estado de filiação que se adquire o *status* de filho, o que sugere, em última análise, a inserção de um indivíduo em uma comunidade familiar. Por conseguinte, esse *status* de filho está associado ao direito de personalidade quanto à identidade da pessoa humana.¹⁴⁷

Acerca do assunto, discorre Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa citado por Rose Melo Vencelau:

“A tutela juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a sua imagem física, os seus gostos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção socioambiental de cada homem, máxime, sobre a sua imagem de vida, sua história pessoal, o seu decoro, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial linguística, política religiosa e cultural. Finalmente, no bem da identidade podem englobar-se ainda os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome o e o pseudônimo, que acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio, que, embora sujeitos a regimes jurídicos específicos, integram para certos fins, o conteúdo do bem personlístico da identidade.”¹⁴⁸ (Grifo nosso)

¹⁴³ LÔBO, Paulo. Direito ao Estado de Filiação e o Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Centro de Estudos Jurídicos (CEJ)*, Brasília, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

¹⁴⁴ LÔBO. *Ibidem*, p. 53.

¹⁴⁵ LÔBO. *Ibidem*, p. 48.

¹⁴⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 67.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁴⁸ SOUSA, R. Capelo de. Apud VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 68-69.

Ser filho de alguém revela muito acerca da identidade de uma pessoa. Desse modo, o direito a identidade apresenta mais do que um caráter estático, muitas vezes relacionado com a questão do nome, mas também um caráter dinâmico de relação do sujeito com a sociedade, onde se insere o aspecto relativo à filiação.¹⁴⁹

Portanto, o estado de filiação possui um viés de direito da personalidade, na medida em há uma necessidade intrínseca ao ser humano de ter reconhecido o seu *status* de filho, como forma de realização de sua identidade pessoal que se dá no pertencer a uma unidade familiar.

O enquadramento do estado de filiação como um direito personalíssimo é claramente ratificado pela legislação pátria, estando insculpida tal ideia no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”¹⁵⁰ (Grifo nosso)

Por seu turno, o direito de busca a origem genética, também se insere nessa tutela dos direitos da personalidade, embora que por razões próprias.

A forma como cada pessoa se vê inserida no mundo depende de vários fatores, entre eles está a sua autoimagem decorrente de aspectos biológicos que são passados por seus genitores.¹⁵¹

Nesse contexto, a identidade pessoal de um indivíduo, é igualmente influenciada pelo conhecimento das origens genéticas, porquanto a referida origem faz parte da história do indivíduo, imprimindo um sentido a sua própria vida.¹⁵²

Para uma melhor apreensão do tema, tome-se como exemplo um caso de adoção. Nessa hipótese, quando há uma clara ruptura no vínculo biológico, resta claro a amplitude e a profundidade que pode assumir a necessidade pelo conhecimento da origem genética.

Com efeito, na adoção há uma troca da figura dos pais, que são elementos essenciais da história do indivíduo como ser humano. E isso faz com que pessoas adotadas, tendam a

¹⁴⁹ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 70.

¹⁵⁰ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

¹⁵¹ ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 79.

¹⁵² Ibidem, p. 79.

buscar o pedaço que falta de seu passado, como que em uma tentativa de completar o seu próprio ser.¹⁵³

Na realidade, desvendar a origem da própria existência é uma necessidade geral, que se apresenta mais forte em alguns indivíduos. Nessa esteira, as pessoas comumente se questionam acerca de características que apresentam durante a vida, algumas facilmente identificadas em seus genitores e outras que são resultado do meio social no qual estão inseridas, inclusive o ambiente familiar.¹⁵⁴

Assim sendo, o direito ao conhecimento das origens genéticas afigura-se essencialmente como um direito personalíssimo à identidade pessoal, que pode ser objeto de tutela do Estado, quando não se tem qualquer referência acerca dessa genealogia.¹⁵⁵

E aqui está a distinção com relação ao estado de filiação, pois o conhecimento a origem genética, não implica a atribuição da paternidade ou maternidade; não há criação de vínculo jurídico, devendo consubstanciar, tão somente, o acesso à informação da origem biológica da pessoa humana.¹⁵⁶

Nesse sentido, defende Maria Berenice Dias que a ação própria para vindicar o conhecimento à origem genética seria uma ação declaratória da ascendência genética, e não a investigação de paternidade, na medida em que esta tem como fito o reconhecimento do estado de filiação, ou seja, deseja-se reconhecer o vínculo-filial. Já na referida ação declaratória, teria como escopo unicamente a declaração da origem biológica desconhecida até então - o que se alcança com grande precisão através do exame de DNA - sem que seja afetado qualquer vínculo de ordem socioafetiva ou registral já existente.¹⁵⁷

Por todo o exposto, o que se observa é que, embora estado de filiação e direito à origem genética estejam inseridos no âmbito dos direitos da personalidade, tais institutos não se confundem. O primeiro sugere o reconhecimento de um vínculo jurídico, criando-se direito e obrigações recíprocos, enquanto o segundo apenas diz respeito a uma averiguação da

¹⁵³ ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 80-81.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 83.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 88.

¹⁵⁶ OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior>>. Acesso em 06 abr. 2014. FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.165/170.

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.410-412

origem biológica de uma pessoa, sem que hajam consequências jurídicas advindas do conhecimento dessa informação.

2 CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL

No segundo capítulo, serão tratados assuntos mais específicos afetos à filiação com o escopo de permitir a compreensão de como surgem os conflitos de paternidade, e os critérios que dispõem os aplicadores do direito para a fixação do vínculo paterno-filial.

Para tanto, será tratado o tema paternidade e seus tipos existentes, para ao final, analisar os critérios biológico e socioafetivo. Quanto a estes últimos, buscar-se-á delinear o seu conteúdo, características, bem como a sua utilização.

2.1 Da Paternidade

O vínculo existente entre pai e filho, tendo como ponto de referência o primeiro, denomina-se paternidade.¹⁵⁸

Considerada a partir do direito à filiação, é certo que, por muito tempo, a paternidade esteve envolvida em certo mistério, mormente porque sua verdade não era tão ostensiva quanto na maternidade.¹⁵⁹

Os aspectos físicos evidentes da gravidez permitiam essa certeza acerca da maternidade.¹⁶⁰ Contudo, quanto à paternidade, pairava a incerteza, porque se buscava que esta coincidissem com a verdade biológica,¹⁶¹ o que não se podia aferir com precisão.

Ante a referida dúvida quanto à paternidade e frente à necessidade de certeza acerca da filiação, a lei cria um sistema de presunções como forma de garantir o estabelecimento do vínculo paterno-filial.¹⁶²

Restou assim estabelecido em lei que a maternidade era algo certo, e que o esposo da mãe é o pai de seus filhos.¹⁶³ Esse é o entendimento que se extrai do brocardo latino “*mater semper certa est et pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.8.

¹⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *De Quem sou Filho?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/904/De+quem+sou+filho%3F>>. Acesso em 16 abr. 2014.

¹⁶⁰ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 76.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 366-370.

¹⁶² Ibidem, p. 366.

¹⁶³ Ibidem, p. 366.

Quanto à certeza da maternidade, é fácil perceber que não se trata de uma verdade absoluta. Muitos são os casos de trocas de bebês em hospitais, bem como importa lembrar que as técnicas de reprodução assistida tornam também relativa a maternidade.¹⁶⁴

Por outro lado, a presunção “*pater is est*” se pauta na seguinte lógica: à relação conjugal é inerente a ocorrência de atividade sexual entre os cônjuges e, tendo em vista que o matrimônio exige o dever de fidelidade, é então razoável inferir que os filhos da mulher casada são de seu marido.¹⁶⁵ O que também é altamente discutível, se considerada a possibilidade de traição da mulher, por exemplo.

Ocorre que, essas presunções, embora tenham buscado uma certeza ficta quanto à ligação biológica existente entre pais e filhos, acabou por se afastar do fato natural da procriação para, em muitos casos, ratificar um vínculo de ordem afetiva.¹⁶⁶

O art. 1.597 do Código Civil apresenta algumas presunções que têm por base o casamento, sua dissolução e os métodos de reprodução assistida, ainda que, atualmente, tenham as mesmas um caráter relativo, admitindo-se prova em contrário; isso quando não são totalmente relegadas pelo aplicador das normas.¹⁶⁷

De todo modo, as determinações legais, no sentido de atribuir a paternidade por presunções legais, bem como o próprio reconhecimento voluntário¹⁶⁸, acabaram por constituir um critério para o estabelecimento do vínculo paterno-filial.

Com o advento do DNA e sua inegável certeza científica acerca da identidade genética entre genitor e filho, iniciou-se uma busca desenfreada pela verdade biológica. Trata-se de outro critério para a atribuição da filiação paterna.¹⁶⁹

No entanto, conforme já defendido, reconhecendo-se que a filiação advém de um fator cultural derivado da opção de ser pai e da afetividade nas relações parentais, desponta mais um critério capaz de estabelecer a paternidade.

¹⁶⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 329.

¹⁶⁵ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 588.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 367-369.

¹⁶⁷ TARTUCE; SIMÃO, op. cit.; p. 328.
FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 589.

¹⁶⁸ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 62.

¹⁶⁹ TARTUCE; SIMÃO, op. cit.; p. 330.

Como se percebe, existem três critérios aptos a ensejar o vínculo paterno-filial o que, paralelamente, permite distinguir, ainda que de forma simplificada, três tipos de paternidade:

- a) Paternidade Jurídica/Legal: Nas palavras de Jorge Shiguemitsu Fujita “é o vínculo paterno-filial reconhecido pela lei”¹⁷⁰. Portanto, abrange os casos de paternidade por presunções legais, assim como pode ser aquela efetivada no plano jurídico por intermédio de declaração voluntária arguida no registro civil, em escritura pública ou escrito particular, judicialmente ou em testamento, a qual a lei confere efeitos.¹⁷¹
- b) Paternidade Biológica: Está interligada à figura do genitor, isto é, aquele que, seja por meio de relação sexual natural, seja por intermédio de métodos de reprodução assistida, forneceu seus gametas para a concepção de um novo ser humano, transmitindo a este último os seus genes. Trata-se de um vínculo que tem como esteio os laços sanguíneos, a hereditariedade e a perpetuação da espécie humana.¹⁷²
- c) Paternidade Socioafetiva: Trata-se daquela que deriva da relação entre pai e filho, a qual prescinde liame biológico direto, mas que obrigatoriamente tem o afeto como elemento agregador de união entre estes indivíduos. Privilegia-se nessa modalidade a convivência afetiva e o aspecto por ela desempenhado de formação plena da individualidade dos sujeitos.¹⁷³

A paternidade como uma das facetas do vínculo jurídico-filial, adquiriu um sentido plural, repleto de nuances¹⁷⁴ em decorrência de diversos aspectos como: a volatilidade dos relacionamentos amorosos; a liberdade sexual dos indivíduos; a difusão dos métodos contraceptivos que possibilitaram à mulher decidir quando terá filhos ou se os terá¹⁷⁵; a constante recomposição das famílias; o avanço das técnicas de reprodução assistida.

¹⁷⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

¹⁷¹ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 231.

¹⁷² FUJITA, op. cit., p. 62-63.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

¹⁷³ FUJITA, op. cit., p. 71.

FARIAS; SIMÕES, op. cit., p. 22.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362.

¹⁷⁴ FARIAS; SIMÕES, op. cit., p. 586.

¹⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105-111.

Ocorre que muitas vezes esses tipos de paternidade estão presentes na figura de um único homem. Contudo, nem sempre haverá coincidência entre as seguintes configurações de paternidade: a jurídica, a biológica e a socioafetiva. Em outras palavras, nem sempre o pai jurídico será o pai biológico e também o socioafetivo¹⁷⁶; e, quando isso ocorre, abre-se espaço para o surgimento dos conflitos de paternidade.

Como exemplo dessa situação é possível indicar o caso de uma mulher que engravida de um namorado (pai biológico) o qual não quer assumir o filho. Tempos depois, ela se envolve com outro homem e este resolve registrar a criança (pai jurídico), a despeito de não ser o pai biológico. Contudo, o relacionamento entre eles dura pouco tempo e a mulher inicia nova relação amorosa com um terceiro indivíduo, que acaba sendo reconhecido como pai por seu filho e que verdadeiramente o criou (pai socioafetivo).¹⁷⁷

Desse exemplo, pode-se vislumbrar a complexidade dos problemas advindos dos tipos de paternidade. Sendo certo que outras configurações são igualmente possíveis como: pai jurídico que não é o pai biológico, mas também é o pai socioafetivo; paternidade biológica sem a existência das paternidades jurídica e afetiva; paternidade afetiva sem ser jurídica e biológica; pai biológico que também é o pai jurídico, mas não é o pai socioafetivo.¹⁷⁸

De toda maneira, reprise-se, conquanto existam três critérios de estabelecimento do vínculo paterno-filial, quais sejam: jurídico, biológico e socioafetivo; é certo que muitas vezes o estado de filiação poderá se pautar por mais de um deles ou até em todos eles, eis que esses critérios podem se misturar.

Porém, em alguns casos, quando a verdade jurídica, biológica ou socioafetiva se encontrarem apartadas, isto é, ensejarem vínculos distintos, com pais distintos, poderão surgir os conflitos de paternidade aos quais pretende-se elucidar.

Importa agora investigar mais a fundo os critérios biológico e socioafetivo, apenas lembrando que, para efeitos do presente trabalho, não haverá um aprofundamento no tocante ao critério jurídico.

¹⁷⁶ ALMEIDA, Maria Cristina de. *A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/54/A+paternidade+socioafetiva+e+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+personalidade>>. Acesso em 16 abr. 2014.

¹⁷⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidades Contestadas: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 28-30.

¹⁷⁸ ALMEIDA, op. cit.

2.2 Da Verdade Biológica

Conforme já explanado, a paternidade biológica decorre da procriação, revelando laços sanguíneos entre pai e filho¹⁷⁹ que *per si* já configurariam a responsabilidade do genitor para com a sua prole.

Atualmente essa paternidade biológica, pode decorrer da reprodução natural entre homem e mulher ou das técnicas de reprodução assistida.¹⁸⁰

Por reprodução natural se entende a que ocorre pela conjunção carnal entre homem e mulher durante a relação sexual, independentemente do tipo de relacionamento que exista entre o eles, isto é, matrimônio, união estável, namorados, noivos, ou relação esporádica.¹⁸¹ Já a reprodução por técnicas de reprodução assistida é aquela que não envolve necessariamente a cópula entre o casal, mas que tem por base um conjunto de métodos capazes de induzir ou facilitar a gestação.¹⁸²

Ainda nesse contexto, são dois os principais métodos de reprodução assistida: a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. O primeiro é um procedimento no qual se recolhe o material genético do homem e o insere no corpo da mulher, para que, dentro do próprio útero, ocorra a fecundação. Enquanto no segundo, realiza-se, em laboratório, a fecundação dos gametas masculino e feminino, para depois se implantar o embrião fertilizado no corpo feminino.¹⁸³

Quanto à fecundação, seja ela por inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, esta pode ser homóloga (são usados os gametas do próprio casal) ou heteróloga (envolve a utilização de material genético de terceiros).¹⁸⁴

De todo modo, o fator biológico sempre foi buscado como um critério para o estabelecimento do vínculo de filiação. Isso porque tal critério era tido por muitos como a

¹⁷⁹ LUZ, Valdemar P. da. *Manual de Direito de Família*. 1. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 165-166.

¹⁸⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63.

¹⁸¹ Ibidem, p. 63.

¹⁸² SCAPARRO, Mônica Sartori. Apud FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63.

¹⁸³ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 593.

¹⁸⁴ FUJITA, op. cit., p. 63.

verdade real da filiação, pois era baseado em um fator natural concreto: a existência ou inexistência de consanguinidade.¹⁸⁵

Todavia, a proteção da família matrimonializada aliada à impossibilidade de a ciência determinar com certeza a existência do vínculo biológico faziam com que o direito determinasse esse liame, muitas vezes, com base em presunções legais, principalmente em relação à paternidade, eis que os sinais da gravidez conferiam certo grau de certeza à maternidade, enquanto a paternidade, por outro lado, era de todo duvidosa.¹⁸⁶

Os avanços técnico-científicos, de modo diverso, especialmente quanto às provas genéticas, propiciaram maior segurança à configuração do vínculo paterno-filial, porquanto eram baseadas em dados concretos que permitiam afirmar ou ao menos se excluir a paternidade.¹⁸⁷

Ao longo do século XX, foram descobertos pela Ciência alguns sistemas que possibilitavam, ainda que com graus de confiabilidade distintos, a verificação do vínculo biológico são eles o ABO, o fator Rh, o HLA e, por fim, o DNA.¹⁸⁸

Os sistemas ABO e RH, passaram a ser utilizados como evidência legal nas ações de paternidade a partir de 1961, sendo utilizados em conjunto, de modo que um complementava o outro, visando-se aumentar o grau de certeza dos resultados. Ambos os sistemas partiam de análises das possíveis combinações das informações genéticas transmitidas pelos genitores, que determinariam o tipo sanguíneo e o fator RH do sangue.¹⁸⁹

Dessas combinações possíveis de genes, era razoável excluir a paternidade de alguém, mas não afirmá-la.¹⁹⁰ Para um melhor entendimento dessa afirmativa, tome-se como exemplo o sistema ABO.

De forma simplificada, as pessoas podem ter quatro tipos sanguíneos: A, B, AB e O. Esses tipos sanguíneos são determinados a partir da combinação dos genes A, B e O, formando as seguintes combinações possíveis: AA, AB, AO, BB, BO e OO. Ocorre que um elemento desse par sempre provém do pai e outro da mãe. Ademais, tem-se que os genes A e B são dominantes, enquanto o gene O é recessivo. Logo, se na combinação estiver presente o

¹⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.372.

¹⁸⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 75-77.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 77.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 77.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 77-80.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 78.

gene O e outro gene (A ou B), estes prevaleceriam sobre aquele e a pessoa teria sangue do tipo A ou B.¹⁹¹

A partir dessas noções gerais do sistema ABO, é possível concluir que, para uma pessoa ter o tipo sanguíneo O, a mesma só pode ter recebido genes do tipo O de ambos os pais, apresentando o genótipo OO. Tendo em mente essa informação, se um filho apresenta o tipo sanguíneo O e sua mãe também, a criança não poderia ter um pai com tipo sanguíneo AB, porque o genótipo desse homem será certamente AB. Em outros termos, não há como se estabelecer a paternidade, porque o suposto pai só poderia ter transmitido ao seu filho os genes A ou B, conseqüentemente seu filho nunca poderia ter o sangue do tipo O.

Resta claro, portanto, como se utilizava esses sistemas para excluir a paternidade. De modo que o mesmo raciocínio se aplica ao sistema RH que possui genes próprios, permitindo outros tipos de combinações.

Posteriormente, por volta de 1980, passou-se a usar o sistema HLA como prova legal no sistema jurídico, dada o seu maior grau de certeza se comparado aos sistemas anteriores, isto é, por volta de aproximadamente 92%.¹⁹²

Quanto ao sistema HLA, destaca-se a explanação de Rose Melo Vencelau acerca do tema, por sua clareza e precisão:

“O sistema HLA (antígeno de leucócitos humanos) é baseado na histocompatibilidade humana. Este sistema foi construído a partir da demonstração e identificação dos antígenos encontrados na célula branca do sangue (leucócito), usado especialmente para se verificar a compatibilidade em caso de transplantes. Isso acontece porque o organismo produz anticorpos contra todos os antígenos que não lhe são próprios. E todas as pessoas possuem antígenos próprios que podem ser reconhecidos e identificados. Esse antígeno é transmitido hereditariamente, por meio dos genes, razão pela qual o sistema HLA também é eficaz como prova genética da paternidade.”¹⁹³

Em que pesem todas essas técnicas auxiliares à determinação do critério biológico, foi apenas com o advento do exame de DNA em que houve uma verdadeira revolução quanto à verdade biológica, uma vez que esse procedimento científico trazia uma certeza quase que infalível acerca da existência ou não da paternidade biológica.¹⁹⁴

¹⁹¹ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 77-80.

¹⁹² Ibidem, p. 80.

¹⁹³ Ibidem, p. 79.

¹⁹⁴ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 609-613.

O exame de DNA representou, portanto, um marco para a prova da paternidade, pois possibilitou não só excluir a possibilidade de liame biológico entre duas pessoas, mas também foi capaz determinar com um grau de precisão de 99,9999% se esse vínculo genético existe de fato.¹⁹⁵

Isso ocorre porque o DNA pode ser encontrado no núcleo de qualquer célula humana, constituindo uma molécula que guarda informações genéticas exclusivas de cada indivíduo, de modo que metade dos genes contidos no DNA é herdada do genitor e a outra metade provém da genitora.¹⁹⁶

Assim, cada pessoa pode ser identificada por sua tipagem de DNA, servindo como uma forma de impressão digital genética, bem como por meio dele é possível reconhecer padrões de semelhança entre ascendentes e descendentes.¹⁹⁷

Desse modo, ao menos, aparentemente, parecia-se ter encontrado a verdade real acerca da filiação com base nos dados genéticos, o que desencadeou uma busca desenfreada pela verdade biológica no âmbito do judiciário como forma de estabelecimento do vínculo filial.¹⁹⁸

Contudo, apesar da facilidade na descoberta da verdade biológica trazida pelo exame de DNA, é certo que paradoxalmente o critério biológico reinou por pouco tempo como critério absoluto no estabelecimento do vínculo paterno-filial, frente ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, distinguindo-se, a partir de então, as figuras do pai e do mero genitor.¹⁹⁹

De todo modo, a despeito de quaisquer circunstâncias, ainda hoje persiste o critério biológico, muito embora não seja o único utilizado.²⁰⁰

A prova de que ainda é relevante o critério biológico está nas ações de reconhecimento, investigação e negatória de paternidade, nas quais frequentemente se invoca o liame biológico, quase sempre se utilizando do famoso exame de DNA para ensejar o

¹⁹⁵ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 80.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 89.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 79.

¹⁹⁸ VENCELAU, op. cit., p. 90-94.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 372.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 370-372.

²⁰⁰ COSTA, Divanir José da. Filiação Jurídica, Biológica e Socioafetiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 98/100, out/dez 2008.

reconhecimento ou até mesmo a desconstituição judicial de vínculo paterno-filial previamente estabelecido.²⁰¹

Não se pode negar a importância do critério biológico, sobretudo, quando não configurada a paternidade socioafetiva ou jurídica, ou seja, se a pessoa não possui outro vínculo de filiação estabelecido. Nessa hipótese, é de todo imperioso o reconhecimento da verdade biológica, porquanto, afigura-se o critério biológico como o único possível de assegurar o direito de identidade.²⁰²

Ademais, é possível que, uma vez estabelecido esse vínculo, a relação de cunho estritamente biológico transcenda ao campo afetivo.²⁰³ Muito embora, na realidade, isso não venha a ocorrer em muitos casos reais, pois ainda que seja possível compelir alguém a responder financeiramente pelos encargos de pai, não há como obrigar alguém a ser pai.²⁰⁴

2.3 Da Verdade Socioafetiva

Pensar em uma paternidade de ordem afetiva somente foi possível graças à constatação, há muito prevista por João Baptista Villela, de que a paternidade não deriva diretamente de um fato natural (procriação) e sim de um fato cultural, vale dizer, de natureza humana.²⁰⁵

O referido jurista brasileiro percebeu que, diante do fenômeno natural e biológico da reprodução, o ser humano age voluntariamente antes da concepção, isto é, opta pela prática do ato sexual, mesmo que não haja intenção de procriação; mas, sobretudo, que há voluntariedade após a mesma, quando o homem poderá optar em acolher aquela criança como seu filho ou rejeitá-la.²⁰⁶

²⁰¹ PONTES, Ana Lúcia Vanderlei. A Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 129-174, jan./jul. 2009.

²⁰² OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitu%C3%A7%C3%A3o+posterior.>> Acesso em 02 mai. 2014.

²⁰³ OTONI. *Ibidem*.

²⁰⁴ BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Os Novos Contornos da Parentalidade e Filiação no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte, nº 34, p. 58-59, jun./jul. 2013.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 46-47, jul./set. 1980.

²⁰⁵ VILLELA. *Ibidem*, p. 45.

²⁰⁶ VILLELA. *Ibidem*, p. 45.

Conclui-se que a paternidade é constituída a partir dessa segunda forma de exercício da voluntariedade humana, devendo ser vista como uma opção e um exercício, e não apenas como uma mera causalidade material de cunho biológico. Assim sendo, “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”,²⁰⁷.

A partir dessa ideia, João Baptista Villela cunhou a tão famosa expressão “desbiologização da paternidade”, significando esse “esvaziamento biológico” do vínculo paterno filial.²⁰⁸

A paternidade socioafetiva, por sua vez, vai ao encontro desse raciocínio, haja vista que é aquela que, independentemente do aspecto biológico, se fundamenta em um ato de vontade direcionado ao exercício da função de pai, cujo ponto mais importante é o afeto, o respeito mútuo, o cuidado, a solidariedade que derivam da convivência familiar.²⁰⁹

Estudos em outras áreas do conhecimento, em especial a Psicanálise, perfilham o entendimento de que a figura do pai está associada ao desempenho de um papel essencial na vida dos indivíduos, de maneira a permitir o desenvolvimento dos filhos e de prepará-los para a vida social. Logo, a paternidade deve ser compreendida como função.²¹⁰

A função paterna, todavia, por uma questão de ordem cultural, com raízes no patriarcalismo, era marcada pela ausência do afeto, o qual era destinado à função materna. Sendo assim, o pai deveria cumprir o papel de autoridade perante os filhos, ocupando o lugar da “lei” nas relações familiares, enquanto à mãe cabia o cuidado, o carinho, a criação propriamente dita dos filhos.²¹¹

É claro que, atualmente, os papéis do homem e da mulher dentro da estrutura familiar são divididos igualmente, sendo desejável que ambos supram as necessidades afetivas de sua prole, além das materiais.²¹²

²⁰⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 47, jul./set. 1980.

²⁰⁸ VILLELA. *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 105/109.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 614.

²¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma Abordagem Psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 119-136.

²¹¹ *Ibidem*. p. 119-136

²¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.176.

Portanto, essa função atribuída ao pai, isto é, o papel social a ser desempenhado por um homem dentro de uma unidade familiar poderá variar de acordo com o tempo e com a sociedade na qual se insere.²¹³

Pai não necessariamente será o biológico, mas apenas um “signo de pai”, isto é, uma representação dessa função que será desempenhada por alguém.²¹⁴ Nesse sentido esclarece Rodrigo da Cunha Pereira:

“Assim, depreendendo-se do conceito de paternidade biológica, ou desfazendo-se das ideologias que disfarçam os sistemas de parentalidade, podemos afirmar que a paternidade constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna, exercida por “um” pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção... Enfim, aquele que exerce uma função de pai.”²¹⁵

A identidade biológica não garante por si a paternidade entendida como função, na medida em que para uma criança seus pais serão aqueles com quem ela possua ligações de afeto, aqueles que satisfaçam suas necessidades fisiológicas e psicológicas.²¹⁶

A simples carga genética, não leva necessariamente a essa vinculação tão profunda entre pais e filhos, porquanto se ausentes os pais biológicos, notadamente nos primeiros estágios da vida do infante, serão, para este último, meros desconhecidos.²¹⁷

Assim sendo, no tocante à filiação e mais especificamente à paternidade, “a derivação biológica é necessária, mas não é suficiente”²¹⁸. Talvez isso tudo explique a necessidade de reconhecimento do critério socioafetivo como capaz de estabelecer o vínculo paterno-filial.

Embora não esteja expressamente contemplada pela atual Constituição da República, a filiação socioafetiva encontra respaldo na mesma quando seu art. 227, § 6º determina a igualdade de direitos entre os filhos e cria uma obrigação negativa que impossibilita a discriminação entre eles. Ou seja, a Carta Magna colocou todos os filhos em um mesmo

²¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma Abordagem Psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.121-128.

²¹⁴ Ibidem, p. 120.

²¹⁵ Ibidem, p. 126-127.

²¹⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 86.

²¹⁷ Ibidem, p. 86.

²¹⁸ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 114.

patamar, não fazendo qualquer distinção quanto à sua origem: seja afetiva, biológica ou jurídica.²¹⁹

Verifica-se, ainda, que a paternidade socioafetiva está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais permeiam a ordem constitucional então vigente.²²⁰

Portanto, para a Constituição será pai aquele que avoca para si a paternidade responsável, garantindo não só a dignidade dos filhos, mas também assegurando “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.²²¹

No plano infraconstitucional, pode ser extraída a possibilidade de reconhecimento do vínculo socioafetivo a partir da leitura do Código Civil em seu art. 1.593 que assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”²²² (grifo nosso). Desta última expressão, pela sua generalidade, permite-se entender inclusive a de origem afetiva.²²³

Assim, tendo em vista à referida desbiologização de paternidade, somada à visão funcionalizada da paternidade e às novas diretrizes estabelecidas pela Carta Constitucional de 1988, a paternidade socioafetiva passa a ser efetivamente considerada como uma categoria própria pelos juristas e pela jurisprudência, merecendo ser, portanto, objeto da tutela do Direito.²²⁴

Ocorre que o reconhecimento da verdade socioafetiva perante os tribunais brasileiros, inclui-se aqui também a maternidade, carece de ação própria, na medida em que a legislação pátria ainda não regulamentou especificamente o assunto. Por conseguinte, não existe uma

²¹⁹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O fundamento constitucional da filiação socioafetiva. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 7-8, out., 2012.

²²⁰ COLTRO. *Ibidem*, p. 7-8.

²²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 mai. 2014.

²²² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2014.

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 22.

²²⁴ LÔBO, Paulo. Direito ao Estado de Filiação e o Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Centro de Estudos Jurídicos (CEJ)*, Brasília, n.27, p. 48, out./dez. 2004.

uniformidade nas decisões quando o objeto da ação for exclusivamente o reconhecimento da filiação socioafetiva, de cunho declaratório.²²⁵

Assim, há decisões que extinguem sem resolução do mérito os feitos nesse sentido, por impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que permitir a formação de vínculo jurídico com base apenas no estado de posse de filho, seria extrapolar o conteúdo do atual ordenamento jurídico. Ademais, defende-se que a juridicização desse vínculo deveria ocorrer por adoção.²²⁶

Em sentido diverso, há julgados que dão provimento à demanda, atribuindo-lhe efeitos próprios da adoção. Justifica-se essa posição pelo fato de que o ordenamento jurídico não só comporta a figura da filiação socioafetiva como também não impõe qualquer tipo de vedação ao reconhecimento desse tipo de filiação por ação própria.²²⁷

De qualquer modo, o ideal seria uma regulamentação que possibilitasse a propositura de ação declaratória de filiação socioafetiva, distinta do procedimento da adoção, cuja finalidade seria constatar a presença do critério socioafetivo, para fins de estabelecimento da paternidade e/ou maternidade.

Por fim, a despeito da grande relevância do critério socioafetivo até então explicitada, importa esclarecer, em sentido diametralmente oposto, que não é possível afirmar que só haverá paternidade se esta decorrer de uma escolha de ser pai de alguém, isto é, de se assumir um papel socialmente atribuído à figura paterna, o qual sugere a formação de vínculo afetivo.²²⁸

Porquanto, ainda que seja mais desejável a forma de manifestação da paternidade que se calca no afeto, não é possível desconsiderar os outros critérios de fixação da paternidade. A filiação pode e deve ser estabelecida por quantos critérios forem possíveis, sem distinções, caso contrário, estar-se-ia ferindo a igualdade entre os filhos cuja paternidade se fixa por critérios diversos do socioafetivo.²²⁹

²²⁵ SILVA, Júlia Franco Amaral; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A Filiação Socioafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*: sugestão de um procedimento viável para a efetividade do direito à filiação respaldada nos laços de afetividade. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1136/R%20-%20DJ%20Filia%c3%a7%c3%a3o%20socioafetiva%20-%20tereza%20thibau.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 mai. 2014.

²²⁶ SILVA; THIBAU. *Ibidem*.

²²⁷ SILVA; THIBAU. *Ibidem*.

²²⁸ BORGES, Liseux Nidimar Dias. Os Novos Contornos da Parentalidade e Filiação no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte, nº 34, p. 45, jun./jul. 2013.

²²⁹ BORGES. *Ibidem*, p. 45.

Portanto, não se defende aqui que a paternidade socioafetiva é a verdade real da filiação, mas sim que a socioafetividade é mais um critério que permite o estabelecimento do vínculo filial.

O ideal seria que os três critérios (jurídico, biológico e socioafetivo) estivessem presentes relativamente a uma única pessoa, ou seja, um vínculo “que se apresenta como um laço jurídico, por estar declarado o estado de filiação; como um dado biológico, por ser o pai também ascendente genético do filho; e como uma relação afetiva solidamente construída”.²³⁰

2.3.1 Critérios de Configuração da Paternidade Socioafetiva e suas Espécies

A paternidade socioafetiva, segundo já afirmado, ainda não encontra um regramento específico na legislação, cabendo ao judiciário e à doutrina encontrarem parâmetros para reconhecer a configuração desse tipo de paternidade.

É possível assim estabelecer dois requisitos que viabilizam o reconhecimento da paternidade socioafetiva a partir de um caso concreto: a existência do afeto como valor jurídico na formação familiar e a posse de estado de filho.²³¹

O afeto apresenta-se como um valor jurídico que encontra amplo respaldo na ordem constitucional vigente.²³²

A concepção atual de família apresenta um viés eudemonista que privilegia a busca da realização pessoal de seus membros. Essa família está embasada no afeto, que é o elemento que os une, os identifica como pertencentes a uma entidade familiar.²³³

Segundo o mesmo raciocínio, o afeto se apresenta como um elemento identificador das relações parentais socioafetivas²³⁴, eis que ele é a razão e a consequência desse tipo de relação. É a razão porque deriva de uma escolha direcionada a se assumir a função de pai ou mãe, uma vontade de amar e dedicar-se ao desenvolvimento de um indivíduo, um anseio voltado à constituição de um vínculo.

²³⁰ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 111.

²³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 22.

²³² Ibidem, p. 30-32.

²³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213-215

²³⁴ FARIAS; SIMÕES, op. cit., p. 31.

É também a consequência, na medida em que, normalmente, é o exercício cotidiano dessa função assumida que faz surgir o verdadeiro afeto que vincula pais e filhos.²³⁵

Quanto a este último ponto, Jacqueline Filgueiras Nogueira sustenta que:

“O amor não nasce com o nascimento de uma criança, ele é adquirido com o passar dos dias ao seu lado, cuidando da alimentação, do banho, da febre, acompanhando as primeiras palavras, os primeiros passos, enfim, é viver e crescer juntos, nas alegrias e nas dificuldades, é dessa convivência que o amor nasce, é a convivência plantada no solo fértil do amor.”²³⁶

Portanto, a existência de uma vinculação afetiva é um dos requisitos legitimadores do reconhecimento da paternidade socioafetiva.²³⁷

A posse de estado de filho, por sua vez, afigura-se como outro elemento caracterizador do tipo de paternidade ora em estudo.

A posse de estado de filho está associada a três conceitos mais amplos: estado de pessoa, posse de estado e estado de filho. O primeiro pode ser entendido como um complexo de qualidades que são peculiares às pessoas, é a sua imagem jurídica²³⁸. O segundo seria “o exercício de fato representado pela aparência de um estado”²³⁹. E o terceiro seria um estado de pessoa que resulta, segundo uma vertente clássica, da procriação em razão do casamento ou de outros tipos de relação, bem como de uma ficção jurídica, na adoção²⁴⁰.

O estado de filho, mais especificamente, imprime três características (indivisibilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade) a uma relação jurídica de filiação, destacadas também por Jacqueline Filgueiras Nogueira:

“É indivisível, pois uma pessoa não pode possuir mais de um estado ao mesmo tempo, não pode ser casada e solteira, ser menor e maior, ser filho de uma união matrimonializada de um homem e filho de uma união não matrimonializada de outro.

Essa característica afasta uma dimensão mais elástica da filiação, pois da a idéia de que uma criança só pode ter uma paternidade, impedindo a coexistência de outra como a paternidade biológica, jurídica ou sócio-afetiva. Segundo a lei, uma pessoa só pode ter a filiação estabelecida frente a um homem e uma mulher.

O estado é indisponível, pois é atribuído compulsoriamente a pessoa, por lei, não pode dela dispor, não admitindo convenção, transação ou renúncia.

²³⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 92.

²³⁶ Ibidem, p. 92.

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30/32.

²³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 104.

²³⁹ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. Apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 103.

²⁴⁰ NOGUEIRA, op. cit., p. 106.

Indisponibilidade não que dizer que determinados estados não comportem mudanças, estas podem ocorrer, decorrentes da vontade humana (casamento, adoção, etc.), ou não decorrente da vontade humana (idade, demência, morte); somente não são livres, mas, condicionadas a circunstâncias, exigências e formalidades previstas em lei.

[...]

É imprescritível porque mesmo pela inércia do seu titular e independente do tempo que leve para desfrutar do seu direito, este não decai, podendo reivindicá-lo a qualquer momento. Assim, pode o filho, a qualquer tempo, ingressar com ação de investigação de paternidade contra o pai ou seus herdeiros, para reclamar o estado a que tem direito.”²⁴¹

Estabelecidos esses três conceitos, tem-se que a posse de estado de filho constituiria uma situação na qual “as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade”²⁴². Em outros termos, é “a situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação à outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal”²⁴³.

Na relação socioafetiva, exterioriza-se, ostenta-se a condição de filho; é demonstrar por intermédio de uma série de atitudes a existência de um vínculo afetivo de filiação entre pai e filho.²⁴⁴

A doutrina comumente esclarece que o estado de filho afetivo envolve três fatores: *nominatio, tractus e reputatio*.²⁴⁵

Nominatio (nome) é referente ao uso do sobrenome da família, isto é, a pessoa que é tida como filho se apresenta pelo patronímico familiar; o *tractus* (trato) está relacionado ao tratamento que se confere a quem é tido como filho, ou seja, decorre de atitudes como a criação, educação, apresentação daquela pessoa como filho; a *reputatio* (fama) é relativa ao conceito que a própria família e sociedade têm da relação que se apresenta, no sentido de que esta deve ser vista e reputada como uma relação filial.²⁴⁶

²⁴¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 106-107.

²⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

²⁴³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.27-30
NOGUEIRA, op. cit., p. 110.

²⁴⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.156.

²⁴⁶ Ibidem, p.156-158.

Importa destacar que a ausência do primeiro requisito não impede a configuração da posse de estado de filho afetivo. Ou seja, o uso do nome é apenas um indício maior dessa posse de estado, mas não é o seu fator determinante.²⁴⁷

Há, inclusive, o entendimento no sentido de que esses elementos não necessitam estar presentes de forma cumulativa no caso concreto²⁴⁸, não obstante a presença de todos os requisitos repute maior força ao vínculo que se pretende reconhecer.

Estabelecidos os parâmetros gerais balizadores do reconhecimento da verdade socioafetiva, resta apenas tecer alguns comentários acerca de algumas possíveis espécies desse tipo específico de paternidade, quais sejam: a adoção, a adoção à brasileira, os filhos de criação e a reprodução assistida heteróloga²⁴⁹.

a) Adoção Simples

A adoção é um instituto que se estabelece por um ato jurídico, *stricto sensu*, cuja eficácia depende de chancela judicial. Tal instituto tem por finalidade criar juridicamente um vínculo de filiação entre pessoas que, não necessariamente, possuam laços consanguíneos, criando-se uma gama de direitos e deveres recíprocos advindos do estado de filiação.²⁵⁰

Trata-se da verdadeira “filiação construída no amor”²⁵¹. Em outras palavras, a adoção é a forma juridicamente reconhecida da filiação socioafetiva.

Com efeito, trata-se de um ato de escolha, de imbuir-se da condição de pai ou de mãe, sedimentado uma relação afetiva com aquele a quem se escolheu ter por filho.²⁵² É um instituto que expressa, de forma mais clara, o afeto como elemento estabelecedor do vínculo filial, eis que tutelado especificamente pelo ordenamento jurídico.

Os motivos que ensejam a adoção são os mais variados: existem pessoas que não podem ter filhos, e com a adoção anseiam realizar o sonho de exercer a parentalidade; há

²⁴⁷ OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior.>> Acesso em 03 mai. 2014.

²⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

²⁴⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148-151.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 72-83.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 497.

LÔBO, op. cit., p. 273.

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Apud FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 237.

²⁵² DIAS, op. cit., p. 497-498.

também quem já possua filhos e simplesmente, por um desejo altruístico, almeja conferir um lar e amor a um menor desamparado; ou até mesmo há pessoas que tomam a adoção como uma forma de reconhecer judicialmente uma relação já estabelecida no afeto, quando na realidade fática já tem alguém como filho, seja ele menor ou maior de idade.²⁵³

Embora diversos os motivos que levam a uma adoção, é certo que todos eles perpassam por um mesmo ponto: uma escolha do coração.

Não é a toa que João Baptista Villela assim determina que a paternidade adotiva:

“[...] não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade.”²⁵⁴

b) Adoção à Brasileira

A adoção à brasileira constitui a prática de reconhecer em registro uma paternidade ou maternidade de ordem biológica que não existe, ou seja, é levar a registro filho de outrem como se fosse seu próprio filho. Trata-se de um caso em que seria possível e necessário a propositura de uma ação de adoção, mas que, pelas dificuldades de tal procedimento judicial, as pessoas optam pelo caminho mais simples, alcançando-se os mesmos efeitos, mas que constitui crime tipificado no Artigo 242 do Código Penal Brasileiro.²⁵⁵

Ocorre que, ainda que constitua crime, quando for possível verificar no caso concreto a existência de motivação de ordem afetiva (motivo nobre ensejador do crime), o perdão judicial acaba sendo concedido ao transgressor da norma penal.²⁵⁶

Ademais, a jurisprudência pátria têm frequentemente entendido que a adoção à brasileira adquire um caráter irrevogável, quando consolidada uma relação de cunho socioafetivo, a qual não se pode mais desconstituir.²⁵⁷ O que, normalmente, é de todo acertado, porquanto a adoção constitui um ato irrevogável, não se podendo conceber um

²⁵³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 90-91.

²⁵⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 50, jul./set. 1980.

²⁵⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.150.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 509.

²⁵⁶ DIAS. *Ibidem*, p. 509.

²⁵⁷ WELTER, op. cit., p. 151.

tratamento diferenciado para uma ação que almeja os mesmo efeitos daquele instituto, mas que o faz por meios ilícitos.²⁵⁸

É uma espécie de paternidade socioafetiva na medida em que, muitas vezes essa prática é efetuada por homens que, tendo conhecimento de tratar-se de filho de outrem, registram o filho da companheira como se seu fosse. E nesse caso, pela intenção de formação de um núcleo familiar, acaba-se desenvolvendo naturalmente um vínculo paterno-filial de ordem afetiva.²⁵⁹

c) Filhos de Criação

Podem ser tidos por filhos de criação aqueles que não possuem vínculo biológico ou jurídico reconhecido, mas que mesmo assim são acolhidos, em um ato de liberalidade, por aqueles que, como se pai fossem, irão conferir-lhes todos os cuidados e afeto inerentes à condição de filho.²⁶⁰

Cumpra esclarecer que a questão peculiar dos filhos de criação causa grande dissenso dentro do âmbito do judiciário.²⁶¹ Alguns entendem que sua situação constitui uma adoção de fato, isto é, que existe na realidade fática, mas que não possui efeitos jurídicos, pois a legislação assim não prevê; enquanto outros entendem que, a despeito de não existir regulamentação específica para esse tipo de filiação, o ordenamento traz um substrato suficiente e apto a reconhecer a filiação socioafetiva, consubstanciada na posse de estado de filho, como fonte de efeitos jurídicos próprios do vínculo filial.²⁶²

d) Reprodução Assistida Heteróloga

O progresso da ciência fez com o ser humano pudesse interferir no processo de reprodução, o qual, até pouco tempo atrás, era exclusivamente exercido pela natureza.²⁶³

Nesse sentido, a atuação científica do homem possibilitou a procriação sem a respectiva ocorrência de ato sexual. Subverteu-se, desse modo, a ordem natural das coisas, crescendo-se variáveis, nunca antes imaginadas, ao estabelecimento da paternidade. Como

²⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 509.

²⁵⁹ Ibidem, p. 509.

²⁶⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148-149.

²⁶¹ Ibidem, p. 149.

²⁶² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 83.

WELTER, op. cit., p. 149.

²⁶³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 95.

resultado, em muitos casos, não se encontra uma resposta nos critérios biológico ou jurídico, mas sim na afetividade.²⁶⁴

O processo de reprodução assistida heteróloga consiste na utilização do óvulo de uma mulher com o espermatozoide de um terceiro (doador) que não seja o seu respectivo marido.²⁶⁵

Relativamente a esse tipo de procedimento o inciso V do art. 1.597 do Código Civil faz presumir a paternidade do marido com relação ao filho que será concebido, desde que aquele expressamente autorize. A lei somente exige expresse consentimento do marido, mas não que o mesmo seja estéril.²⁶⁶

Ressalte-se ainda que, embora a lei trate especificamente do instituto do casamento, é possível que a referida técnica seja realizada em casais que vivam em união estável, conforme prevê a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.²⁶⁷

Em uma primeira análise, a reprodução assistida heteróloga proclama o critério jurídico para estabelecimento da paternidade, visto que se fundamenta em uma presunção legal.²⁶⁸ Contudo, tendo em vista a fragilidade das presunções legais quanto à paternidade, especialmente quando presentes outros critérios, é possível uma apreciação mais profunda do tema.

Em verdade, a utilização de técnica de reprodução assistida heteróloga, importa verdadeira paternidade socioafetiva.²⁶⁹ Assim como no caso da adoção, verifica-se que o aludido procedimento reprodutivo expressa uma vontade do casal em fazer vir ao mundo um bebê que ambos querem assumir como filho.

Surge daí a presunção legal no sentido de se conferir a paternidade ao marido de mulher que se submeta a esse tipo de técnica. Nada mais é do que uma forma de reconhecer uma paternidade que, muito provavelmente, irá se sedimentar no afeto, isto é, na vontade de ser pai; no desejo de cuidar, amar e servir.²⁷⁰

²⁶⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 95.

²⁶⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

²⁶⁶ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 601.

²⁶⁷ FUJITA, op. cit., p. 80.

²⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 593-609.

²⁶⁹ Ibidem, p. 595.

²⁷⁰ NOGUEIRA, op. cit., p. 96.

Dessa forma, essa paternidade não poderá ser posteriormente desconstituída por ausência de vínculo biológico, pois o marido ou companheiro, ao consentir com o procedimento de fertilização em sua parceira, assume, nesse instante, a paternidade.²⁷¹ Posteriormente, via de regra, essa presunção irá ser consolidada no campo afetivo derivado da convivência.

Outrossim, não pode o doador de sêmen vindicar estado de filiação com esteio na verdade biológica e em prejuízo do pai socioafetivo. O doador apenas cedeu seu material genético, o que o torna mero genitor, mas não lhe confere direito à paternidade já por outrem exercida.²⁷²

²⁷¹ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 603.

²⁷² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

3 CONFLITOS DE PATERNIDADE: UM CHOQUE ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. COMO SOLUCIONÁ-LOS?

No terceiro e último capítulo do presente estudo, *prima facie*, tentará se firmar a condição de fundamentalidade do direito à paternidade, explanando alguns pontos gerais relativos aos direitos fundamentais. Essa discussão é relevante na medida em que servirá de premissa básica para se buscar a solução de conflitos dessa natureza.

Em seguida, será feita uma conexão entre a premissa supracitada e o tema conflitos de paternidades, qual seja: esse tipo de conflito implica uma colisão de direitos fundamentais, razão pela qual será apresentada a técnica de solução para esse tipo de lide. Essa abordagem será de suma importância, pois fornecerá substrato necessário à apreciação de casos práticos.

Por derradeiro, será feita uma análise jurisprudencial. Serão, nesse sentido, apresentados dois acórdãos, ambos versando sobre situações de conflito entre paternidade socioafetiva e paternidade biológica, porém cada qual com soluções diversas: uma a favor do prevalecimento do vínculo biológico e outra a favor do vínculo socioafetivo. Nesse ponto, será possível aplicar as técnicas de solução anteriormente estabelecidas, o que levará, ao final, à conclusão a que se pretende chegar com o presente estudo.

3.1 Direitos Fundamentais e o Direito à Paternidade

Embora seja de conhecimento geral a existência de direitos fundamentais, ainda permanece no imaginário coletivo uma imprecisão sobre o que vem a ser esse tipo especial de direito. Fato é que muitos acreditam que um direito de sua titularidade sempre é fundamental e, conseqüentemente, o que se observa na prática é uma banalização do uso da expressão com vistas a conferir um *status* constitucional às mais diversas pretensões.²⁷³

Os direitos fundamentais possuem um caráter ético, de ordem axiológica, e uma índole normativa.²⁷⁴

Em seu primeiro aspecto, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles que estão relacionados com valores básicos, comumente ligados à limitação do poder estatal, à dignidade da pessoa humana e à estruturação do Estado e da sociedade. Em seu segundo aspecto, tem-se que somente podem ser direitos fundamentais aqueles valores que o poder

²⁷³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14-15.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 17-19.

constituinte entendeu como merecedores de uma proteção especial, sendo, portanto, positivados como normas jurídicas na Constituição de um determinado país.²⁷⁵

Porém, destaque-se que a identificação de tais direitos fundamentais não é algo que pode ser feito de maneira universal, haja vista que esse tipo de exame exige um ordenamento jurídico específico como referência.²⁷⁶

Nesse sentido, é *mister* estabelecer que o que é considerado como direito fundamental por um Estado, pode não o ser para outro. Sem embargo, ainda que um direito seja declaradamente fundamental em dois ou mais países, provavelmente o tratamento jurídico conferido será distinto, levando-se em consideração a realidade cultural e social diversa de cada sociedade.²⁷⁷

Pelo exposto, para fins de esclarecer o tema, tomemos como referência o sistema jurídico brasileiro.

No caso da Constituição Federal de 1988, são direitos fundamentais aqueles previstos em seu Título II que recebe a denominação: “Direitos e Garantias Fundamentais” (art. 5º a 17). Nesse título, o constituinte, de forma expressa, elegeu livremente um extenso rol, não taxativo, de direitos fundamentais.²⁷⁸

Não sendo taxativo esse rol, é certo que existem outros direitos fundamentais contidos na Constituição Brasileira em normas esparsas, mas que ainda assim, encontram-se devidamente positivados no texto constitucional, cabendo ao intérprete identificá-los por seu conteúdo e relevância.²⁷⁹ Cite-se como exemplos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 e o princípio da anterioridade tributária previsto no art. 150.²⁸⁰

Igualmente, são fundamentais os direitos inseridos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e que forem internalizados com *status* de emenda constitucional, conforme disposto no art. 5º, §3º da Constituição da República.²⁸¹

Por fim, há ainda direitos fundamentais implícitos, por força da cláusula de abertura contida no art. 5º, §2º da Constituição, que assim prevê: “Os direitos e garantias expressos

²⁷⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15-17.

²⁷⁶ Ibidem, p. 15-17.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

²⁷⁸ MARMELSTEIN, op. cit., p. 204.

²⁷⁹ SARLET, op. cit., p. 78-81.

²⁸⁰ MARMELSTEIN, op. cit., p. 207.

²⁸¹ Ibidem, p. 204.

nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²⁸²

São implícitos na medida em que não se encontram formalmente contidos na Carta Magna - não estão expressamente positivados – e, todavia, podem ser extraídos do texto constitucional com base nos direitos fundamentais já declarados, no regime e princípios constitucionais fundamentais – aqueles previstos Título I da Constituição (art. 1º ao 4º) -, assim como pela relevância de seu conteúdo.²⁸³

Com esteio nessa possibilidade de inclusão de outros direitos ao rol dos direitos fundamentais é que se diz que há no ordenamento brasileiro um “conceito material aberto de direitos fundamentais”²⁸⁴.

A título de exemplificação, um direito fundamental implícito já amplamente reconhecido é o direito ao sigilo bancário. Não há qualquer menção à proteção do sigilo de dados bancários no texto constitucional, entretanto, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que esse direito decorre do disposto no art. 5º, inciso X, eis que visa resguardar a intimidade financeira dos indivíduos.²⁸⁵

Outro aspecto relevante afeto ao tema ora exposto, diz respeito à dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.²⁸⁶

Por dimensão subjetiva, diz-se que os direitos fundamentais são capazes de conferir direitos subjetivos, abrindo-se a possibilidade de o titular desse direito demandar em juízo a sua efetivação.²⁸⁷

Uma vez que os direitos fundamentais reúnem valores nucleares que são o substrato de todo o sistema normativo, há de se reconhecer também a sua dimensão objetiva, isto é, a capacidade de irradiação desses direitos por todos os ramos do ordenamento jurídico, como forma de orientar a atuação de todas as esferas do poder estatal.²⁸⁸

²⁸² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85.

²⁸⁴ Ibidem, p. 78-81.

²⁸⁵ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 205-206.

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.105-109.

²⁸⁷ Ibidem, p. 105-109.

²⁸⁸ Ibidem, p. 106-107.

Acerca do tema, Robert Alexy explica que os direitos fundamentais exprimem uma ordem objetiva de valores; ressalta, porém, que, para que ocorra a irradiação desses valores a todo o sistema jurídico, é necessário que se faça uma tripla abstração. Tome-se como exemplo o direito de alguém a não intervenção estatal na liberdade de pensamento. Uma tripla abstração seria desconsiderar o titular do direito (sujeito), o seu destinatário (o Estado) e as peculiaridades da prestação exigida (a não intervenção). Ao fazer isso, resta um único valor objetivo, isto é, a liberdade de opinião.²⁸⁹

A dimensão objetiva assim demonstra que os direitos fundamentais condensam os valores basilares da ordem jurídica e que, mais do que isso, refletem os valores éticos de uma sociedade. Sendo assim, tais direitos repercutem tanto na relação Estado/cidadão, quanto na relação cidadão/cidadão.²⁹⁰

Substancialmente falando, a dimensão objetiva proporcionou uma ampliação da aplicação dos direitos fundamentais para além das relações travadas entre indivíduo e estado, ou seja, há de se observar tais direitos também nas relações privadas.²⁹¹

Nas relações entre Estado/cidadão fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais. É vertical porque demonstra a condição de superioridade do Estado frente ao particular, buscando-se resguardar os aludidos direitos da atuação estatal. Já nas relações entre cidadão/cidadão observa-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levando-se em consideração a igualdade, ao menos teórica, das partes envolvidas. Aqui se reconhece a potencialidade de lesão dos direitos fundamentais também por ações de particulares, o que justifica essa proteção no plano privado.²⁹²

Uma vez fixada uma visão geral acerca dos direitos fundamentais, cabe então estabelecer a fundamentalidade do direito à paternidade.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 524-528.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 523-524.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106-107.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 107.

²⁹² ALEXY, op. cit., p. 523-524.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 332-333.

A paternidade, consoante já explanado nos capítulos anteriores, é uma das feições da filiação, já que esta constitui uma “relação jurídica multifacetária”: ligação jurídica entre pai e filho e mãe e filho.²⁹³

É cediço na jurisprudência e na doutrina que o direito de filiação tem um aspecto intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, especialmente, no tocante à figura do filho.²⁹⁴ Sendo assim, é amplamente reconhecido o aspecto de fundamentalidade do direito ao estado de filiação, pois o mesmo propicia a realização da identificação pessoal do indivíduo concretizada no *status* de filho.²⁹⁵

Ocorre que, o direito de filiação seja quanto aos filhos, seja quanto aos pais, possui um aspecto de fundamentalidade, pois a vivência dessa relação contribui para um desenvolvimento pessoal recíproco. Ou seja, o estabelecimento do vínculo de filiação não constitui apenas um meio para a promoção da dignidade do filho, mas também para a realização da dignidade dos pais.²⁹⁶

Nesse contexto, há, portanto, um direito fundamental à paternidade, uma vez que o seu exercício voltado à realização pessoal do filho, é capaz de gerar a satisfação e o desenvolvimento pessoal da dignidade do pai²⁹⁷; afinal de contas, os filhos são uma forma de perpetuação do ser humano, seja pela transmissão de genes ou pela transferência de tradições e valores.²⁹⁸

Por derradeiro, correlacionando essa ideia aos aspectos gerais dos direitos fundamentais já trabalhados, o direito fundamental à paternidade é assim justificável, pois ainda que não esteja expresso na Constituição, pode ser inserido na já citada cláusula de abertura dos direitos fundamentais.²⁹⁹ Senão vejamos: é um direito imbuído de relevante conteúdo valorativo - tome-se como referência a importância do vínculo paterno-filial nas relações familiares e a proteção especial conferida à família pela Constituição – o qual está

²⁹³ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 565.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 564.

²⁹⁵ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 67.

²⁹⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 564-565.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 564-565.

²⁹⁸ FARIAS, Christiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85.

intrinsecamente ligado à promoção da dignidade da pessoa humana, consoante já demonstrado.

Ademais, perceber o direito à paternidade como um direito fundamental permitirá a aplicação de técnicas para a solução de conflitos em que haja a colisão de direitos fundamentais, conforme se explanará no próximo tópico.

3.2 Técnicas de Solução de Conflitos na Colisão de Direitos Fundamentais

A diversidade ideológica contida nas normas constitucionais faz com que as mesmas sejam potencialmente contraditórias, podendo tais normas entrar em rota de colisão no momento de sua aplicação.³⁰⁰ É a chamada colisão de direitos fundamentais que se configura quando identificados conflitos resultantes do exercício de direitos fundamentais por titulares diversos.³⁰¹

Em situações como estas, é necessária maior cautela do julgador, não podendo este aplicar a mesma técnica de resolução de conflitos de outros tipos de normas.³⁰²

A esse respeito, importa mencionar os ensinamentos de Robert Alexy sobre a distinção entre princípios e regras e sobre a forma de solução de conflitos entre princípios e de conflitos entre regras.

Segundo o aludido autor, tanto princípios quanto regras constituem normas que expressam um dever-ser, ou seja, ambos são espécies de normas.³⁰³

Por princípios, entendem-se normas que determinam a realização de alguma coisa sempre na maior medida do possível, sempre levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas. São, por assim dizer, “mandamentos de otimização” que podem ser satisfeitos em vários graus. Já as regras são normas que ou são satisfeitas ou não, de modo que se estão válidas, é preciso fazer exatamente aquilo que demandam; nada mais ou menos do que isso. A maior distinção entre ambos, todavia, se encontraria na forma de solução de

³⁰⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 360.

³⁰¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 238.

³⁰² MARMELSTEIN, op. cit., p. 352-357.

³⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 86-87.

conflitos, isto é, quando a aplicação isolada de duas normas conduz a dois dever-ser jurídicos incompatíveis entre si.³⁰⁴

Explica Robert Alexy que havendo uma colisão de regras a solução para esse tipo de conflito subjaz ou na existência de uma “cláusula de exceção” ou na declaração de invalidade de uma das normas.³⁰⁵

Em termos práticos, isso significa que, se a aplicação de duas regras leva a uma contradição, é preciso observar se não existe uma exceção que determine a aplicação de uma das normas, solucionando o conflito. Se não for esse o caso, é essencial tomar uma decisão quanto à validade de uma dessas regras, eis que não podem ser válidos dois juízos de dever-ser antagônicos. Para tanto, é possível a utilização de regras como o critério cronológico, hierárquico das leis, ou até mesmo a questão da especialidade.³⁰⁶

Por outro lado, havendo colisão entre princípios, defende o jurista alemão que a solução deve ocorrer de maneira completamente diferente. Se dois princípios entram em confronto, um destes deve ser abrandado em detrimento do outro, o que, todavia, não implica a inserção de “cláusula de exceção” ou muito menos a invalidação de uma das normas.³⁰⁷

A forma de solucionar esse tipo de conflito, portanto, consiste no sopesamento de interesses de modo a definir, com base nas peculiaridades do caso concreto, a precedência de um dos princípios. Ou seja, por meio de uma ponderação, será estabelecido qual dos princípios tem maior peso nas condições concretas apresentadas.³⁰⁸

Seria determinar, nos termos do autor em questão, uma “precedência condicionada entre princípios”, isto é, a prevalência de um princípio com base em aspectos casuísticos e não em um caráter abstrato; afinal, os princípios abstratamente encontram-se no mesmo nível. Logo, não há que se falar em uma precedência absoluta, mas apenas em uma precedência para certas condições específicas trazidas em um caso concreto.³⁰⁹

Portanto, tem-se que os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do

³⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 90-91.

³⁰⁵ Ibidem, p. 92-93.

³⁰⁶ Ibidem, p. 92-93.

³⁰⁷ Ibidem, p. 93.

³⁰⁸ Ibidem, p. 95-96.

³⁰⁹ Ibidem, p. 95-96.

peso”³¹⁰. Cumpre aqui esclarecer que um princípio terá mais peso que outro princípio, desde que haja razões suficientemente fortes para que aquele prevaleça sobre esse, nas condições trazidas pelo caso em análise.³¹¹

A relevância dessa teoria de Robert Alexy consiste no fato de que as normas de direitos fundamentais têm caráter principiológico, como bem constatou o próprio autor.³¹² Logo, o procedimento pelo mesmo indicado para resolução de conflitos entre princípios nos indica, ao menos de uma forma geral, como apreciar um caso de colisão de direitos fundamentais.

Sob uma perspectiva mais particularizada, o julgamento de conflitos dessa natureza implica a utilização de uma técnica de ponderação. Esta consiste, primeiramente, em uma tentativa de harmonização dos direitos fundamentais em colisão e, caso isso não seja possível, procede-se ao sopesamento de valores.³¹³

Tentar harmonizar os direitos fundamentais colidentes significa buscar, no caso concreto, uma solução que possibilite dar a maior efetividade possível a um direito fundamental, enquanto restringe-se o outro direito em conflito o mínimo possível. Em outras palavras, seria procurar equilibrar o conteúdo valorativo de cada direito, possibilitando que, em alguma medida, ambos sejam preservados. Esse raciocínio explicita o conteúdo do princípio da concordância prática.³¹⁴

Um exemplo desse tipo de harmonização de direitos pode ser vislumbrado no famoso caso Lebach decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão. No referido caso, os fatos versam sobre a seguinte situação: em 1969, na cidade de Lebach, houve um violento assassinato de soldados que guardavam um depósito de munição. Dois acusados foram condenados à prisão perpétua como autores do crime, e um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão como partícipe, pois teria auxiliado na preparação do crime. Quatro anos depois, um canal de TV alemão produziu um documentário sobre os fatos, no qual haveria a divulgação, não só dos nomes dos condenados, mas também de fotos dos mesmos. Ocorre que a exibição do documentário ocorreria pouco antes da soltura do terceiro partícipe e este, com medo de que a exibição do documentário afetasse a sua ressocialização, buscou em juízo a proteção de seu

³¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 94.

³¹¹ Ibidem, p. 97.

³¹² Ibidem, p. 86.

³¹³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 379-389.

³¹⁴ Ibidem, p. 379.

direito de personalidade, tendo o caso chegado até o Tribunal Constitucional Alemão. Percebe-se, portanto, um claro conflito entre a liberdade de informação e o direito de personalidade do preso.³¹⁵

A solução para o caso Lebach se deu por meio de uma decisão que conseguiu equilibrar os direitos em conflito, conforme bem explicou George Marmelstein:

“No caso Lebach, a solução adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, aplicando o princípio da concordância prática, foi a de que seria possível a transmissão do documentário, desde que não aparecesse o nome ou a imagem do acusado, autor da Reclamação Constitucional. Houve, no referido caso, um pequeno sacrifício do direito à liberdade de expressão em favor de um interesse que, de acordo com os parâmetros aceitos pelo Tribunal, mereceria, no caso concreto, maior proteção, qual seja, os direitos de personalidade do acusado, que já havia cumprido a sua pena e seria bastante prejudicado com a exibição daquele programa.”³¹⁶

Percebe-se que essa decisão, em específico, conseguiu harmonizar ambos os direitos fundamentais, conduzindo a um sacrifício mínimo do direito à liberdade de informação. Entretanto, nem sempre será possível conciliar os direitos em conflito, pois, em muitos casos, a prevalência de um direito acarreta a violação total ou parcial de seu averso. Sendo assim, constatada a inviabilidade de harmonização dos direitos em conflito, surge a necessidade de realizar o sopesamento propriamente dito.³¹⁷

Por sopesamento, entende-se uma atividade intelectual-argumentativa na qual o julgador deverá escolher, sempre tendo em mente as peculiaridades do caso, qual valor deve prevalecer em detrimento do outro, de modo que deve igualmente explicitar de forma consistente e verossímil o raciocínio que o levou a sua decisão final.³¹⁸

A técnica de ponderação apresentada, manifesta um aspecto de subjetividade não raramente criticado, pois poderia ensejar restrições abusivas a direitos fundamentais. Porém, é possível limitar o grau de subjetivismo desse tipo de decisão, bem como exercer um controle de validade da medida restritiva, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.³¹⁹

O referido princípio possui três dimensões: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito. É adequada a decisão que demonstra ser um instrumento apto a atingir o fim perseguido, ou seja, o meio adotado deve ser apropriado e pertinente para alcançar o resultado pretendido. É necessária a decisão que adota, dentre as possibilidades

³¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 380.

³¹⁶ Ibidem, p. 381.

³¹⁷ Ibidem, p. 384.

³¹⁸ Ibidem, p. 384-385.

³¹⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

existentes, o meio menos gravoso ao indivíduo, vale dizer, que não há outros meios mais brandos e igualmente eficazes para a obtenção do fim almejado. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica um diagnóstico de custo-benefício, isto é, perceber se a medida adotada trouxe mais ganhos ou perdas para a consecução de seu objetivo.³²⁰

Por todo o exposto, tem-se que, para solucionar conflitos de paternidade, já que há colisão de direitos fundamentais, é preciso observar a técnica de ponderação apresentada, de modo que, para fundamentar sua decisão, dispõe também o julgador dos princípios norteadores do estabelecimento do vínculo paterno-filial já trabalhados no primeiro capítulo.

3.3 Análise de Decisões

Para encerrar o presente estudo, propõe-se a uma análise de duas decisões em casos de evidente conflito entre os critérios biológico e socioafetivo, porém, com soluções distintas: no primeiro caso preponderou a paternidade biológica e no segundo prevaleceu a paternidade socioafetiva.

Importa esclarecer que tais decisões foram selecionadas, principalmente, em razão do resultado divergente de cada *decisum* e de que, em ambos os julgados, foi possível vislumbrar um sopesamento dos direitos envolvidos no voto prevalente.

Ademais, levou-se também em consideração a pluralidade de órgãos julgadores, pois o primeiro caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o segundo pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa escolha servirá para reforçar a ideia de que não há uniformidade nas decisões quanto ao tema e de que não necessariamente o posicionamento de um Tribunal Superior em uma determinada questão, desmerece a importância da solução encontrada por um Tribunal de Segunda Instância.

Por fim, apenas para conferir melhor organização para a análise que se pretende realizar, a primeira decisão será intitulada de “o caso da não omissão do pai biológico” e a segunda decisão será denominada de “o caso da consolidação do vínculo socioafetivo”.

³²⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 367-377. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

3.3.1 O Caso da Não Omissão do Pai Biológico

Antes de iniciar a presente análise, importa trazer à colação a ementa do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que assim decidiu:

“EMBARGOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA COM RESULTADO CONCLUSIVO PELA NEGATIVA DE PATERNIDADE DO PAI REGISTRAL. PREDOMINÂNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. VÍCIO NO ASSENTAMENTO.

1. Mesmo de forma ilegítima, o cônjuge da genitora pode registrar a criança como seu filho, mediante simples declaração ao oficial de registro, nos termos do art. 60 da Lei 6.015/73. Contudo, o mesmo diploma legal, em seu artigo 113 e 30, §3º, garante expressamente o direito de ação ao genitor biológico contra o registro de filiação ilegítimo, visando sua anulação, bem como a responsabilização pela falsidade em que se fundou o assentamento.
2. A pretensão do recorrente também é amparada pelo art. 1.604 do Código Civil, que admite expressamente a pretensão anulatória de registro de nascimento, quando comprovada a existência de erro no assentamento, e no caso dos autos, ao contrário do que consta do registro de nascimento, cabe ao recorrente a paternidade biológica da criança.
3. A adoção de entendimento contrário seria admitir que qualquer pessoa pudesse registrar como seu o filho de outrem, mesmo que contra a vontade do verdadeiro genitor.
4. A criança que está ainda em desenvolvimento, tem direito de saber quem é seu pai biológico. E ela é a maior interessada para esclarecer essa verdade e não somente se contentar com declaração jurídica calcada em fato social.
5. Existem entendimentos jurisprudenciais reconhecendo a legitimidade do registro de filiação realizado por quem não possui parentesco natural, em razão de critérios socioafetivos, contudo, tais precedentes não podem ser aplicados no caso vertente, onde não há omissão do pai biológico, que desde o nascimento da criança vem tentando exercer seu legítimo poder familiar.
6. O reconhecimento da paternidade do embargante proporcionará à criança o convívio e a proteção do pai biológico, ao mesmo tempo em que será mantida a convivência diária com o segundo réu, que é cônjuge de sua genitora, e nesse contexto, o provimento da pretensão deduzida pelo recorrente, atende ao melhor interesse da criança, em respeito às diretrizes elencadas nos artigos 3º, 6º, 19, 20 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
7. Embargos Infringentes conhecidos e providos.”³²¹

A presente decisão foi prolatada em embargos infringentes nos quais o embargante pretendeu a reforma do acórdão proferido pela 3ª Turma Cível, de modo a fazer prevalecer o voto minoritário de autoria do eminente Desembargador Mário-Zam Belmiro e, com isso, reestabelecer a sentença de primeiro grau que lhe fora favorável.³²²

³²¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³²² Ibidem.

O recurso, em poucas linhas, teve como referência os seguintes fatos: D. A. B. A. é filho biológico de E. A. S., mas foi registrado por D. W. A. S. B como se seu filho fosse. Ocorre que a mãe do menor em questão, casou-se com o pai registral e socioafetivo quando já estava grávida do ora embargante, porém, à época da gestação, teria relatado a ambos que teria dúvidas sobre qual dos dois seria o pai biológico de seu filho. Diante desse fato, o pai biológico buscou sanar a dúvida quanto à paternidade de forma extrajudicial, não logrando êxito, o que culminou com o ajuizamento da presente ação de reconhecimento de paternidade e anulação de registro.³²³

Em primeiro grau, o juízo foi favorável à pretensão do ora embargante, determinando a anulação do registro com o consequente reconhecimento da paternidade biológica já atestada nos autos, por exame de DNA. Contudo, em segundo grau, a sentença foi reformada fazendo prevalecer a paternidade socioafetiva, sob o argumento de que a anulação do registro só poderia ser desfeita caso houvesse prova contundente de que o pai socioafetivo foi induzido a erro.³²⁴

Diante desse cenário, o desembargador relator mostrou-se favorável à reforma do acórdão vergastado, aduzindo para tanto a seguinte linha argumentativa.³²⁵

Inicialmente, destaca que há entendimento jurisprudencial que, com fulcro no critério socioafetivo de estabelecimento da paternidade, confirma a legitimidade do registro de filiação feito por quem não tem qualquer vínculo natural de parentesco com o registrado. Apesar disso, afirma que esse entendimento não é aplicável ao caso em testilha, pois restou incontestado nos autos que o pai biológico não foi omissos em momento algum, sendo que, desde o nascimento da criança, teria agido de forma tendente a ver reconhecido o seu direito à paternidade.³²⁶

Assevera, assim, que ao embargante não foi facultada a oportunidade de registrar o filho e assumir a paternidade, a despeito de todas as suas tentativas nesse sentido, pois sempre foi repellido pela mãe e pelo pai socioafetivo do infante. Sendo assim, não pode prevalecer a

³²³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ Ibidem.

paternidade socioafetiva, eis que fazer isso seria reconhecer a possibilidade de alguém registrar filho de outrem contra a vontade deste.³²⁷

Ressalta ainda a constitucionalidade do direito de filiação e sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, defendendo que o direito à origem biológica é “direito fundamental indisponível que não pode ficar ao sabor da vontade dos pais”³²⁸. Logo, o reconhecimento da paternidade biológica, com o privilegio da busca pela verdade real contida no exame de DNA, reforça a proteção da dignidade da pessoa humana trazida pela Constituição.³²⁹

Arrazoa que o reconhecimento da paternidade biológica é medida imperiosa, porquanto demonstra ser a solução que melhor atende ao princípio do melhor interesse da criança. Isso porque o reconhecimento da paternidade biológica, além de proporcionar ao menor o conhecimento de sua verdadeira origem, garantirá a relação de convívio com seu pai biológico e família paterna e, ao mesmo tempo, permitirá a manutenção da convivência diária com o pai socioafetivo o qual é cônjuge de sua mãe. “Assim, a criança manterá o vínculo natural com a figura paterna, e o vínculo socioafetivo com o padrasto, como ocorre em tantas outras famílias em que os pais biológicos não se mantiveram unidos pelo matrimônio.”³³⁰

Aponta ainda que, durante o processo, houve uma separação de fato da genitora e do pai socioafetivo, e que, embora a separação tenha perdurado por pouco tempo, teme o perigo de comprometimento do vínculo socioafetivo no caso rompimento da sociedade conjugal.³³¹

Por fim, reconhece que o menor em questão ainda encontra-se em tenra idade, razão pela qual, poderá criar vínculo sólido com o pai biológico. Nesse sentido, frisa que os estudos psicossociais realizados apontam para uma boa aproximação entre pai biológico e filho.³³²

Destarte, apesar da tendência firmada na jurisprudência no sentido de prevalência da paternidade socioafetiva, por todo o exposto, entende que, no presente caso, não se pode desprezar o liame biológico, razão pela qual julgou procedentes os embargos.³³³

³²⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ Ibidem.

³³² Ibidem.

Em sentido oposto entendeu o revisor, argumentando em favor da manutenção do entendimento majoritário esposado no acórdão combatido.³³⁴

Entendeu o ilustre revisor que, no caso apresentado, há evidentemente a caracterização da filiação socioafetiva, na qual se exerce a função de pai sem que haja a existência de qualquer vínculo genético com o filho.³³⁵

Nesse sentido, aponta que, hodiernamente, existe clara distinção entre as figuras de pai e genitor, ou seja, para ser pai não basta apenas a transmissão de genes, mas o exercício pleno da paternidade.³³⁶

Aduz também a irrevogabilidade do ato que reconhece filhos fora do casamento a não ser em casos em que haja erro ou falsidade do registro (dicção do conteúdo dos arts. 1609 e 1604, ambos do Código Civil). Porém, atesta que, no caso em tela, o registro teria ocorrido de maneira espontânea sem qualquer vício de consentimento, devendo prevalecer a despeito do posterior reconhecimento da paternidade biológica. Sendo assim, aponta alguns julgados da mesma corte nesse sentido.³³⁷

Afirma que a anulação do registro original com o reconhecimento da paternidade biológica pode causar prejuízos à criança em questão se levado em consideração a consolidação do vínculo socioafetivo existente entre ambos.³³⁸

Ademais, destaca a postura no pai socioafetivo que, mesmo depois de ter a confirmação de que não possuía qualquer vínculo genético com o filho, mostrou-se firme em defender a permanência de seu nome no assento de nascimento do menor, não abrindo mão de sua função de pai.³³⁹

Conclui, assim, que, uma vez configurado vínculo paterno-filial calcado na socioafetividade, consoante comprovado nos autos, e tendo o embargado procedido ao

³³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Ibidem.

registro de livre e espontânea vontade, não há como desconstituir o liame socioafetivo, devendo este prevalecer sobre o critério biológico.³⁴⁰

Apresentados os votos divergentes do relator e do revisor, seguiram-se os votos dos quatro desembargadores vogais presentes, de maneira que apenas um acompanhou o voto do revisor, enquanto os outros três seguiram o voto do relator. Portanto, foi provido o recurso de embargos infringentes e reestabelecida a sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação originária.³⁴¹

Frente ao caso apresentado e de acordo com a base teórica já exposta, concorda-se com os argumentos expressos pelo relator.

Verifica-se que o pai de sangue sempre desejou exercer a paternidade, razão pela qual, mesmo diante da incerteza da existência de liame biológico entre ele e o menor, buscou a confirmação desse vínculo incansavelmente, culminando essa busca com a propositura da ação originária.³⁴²

Sendo assim, essa particularidade possui grande peso para o deslinde final do caso, visto que parece desarrazoado que prevaleça uma paternidade socioafetiva que se impõe concretamente sem que fosse conferida qualquer chance ao exercício da paternidade biológica. Em outros termos, o que se pretende esclarecer é que ficando demonstrada a sincera vontade do pai biológico em imbuir-se da função de pai que lhe cabe, a paternidade socioafetiva que se segue afigura-se ilegítima.³⁴³

Para ilustrar esse raciocínio em termos concretos, *mutatis mutandis*, basta pensar nos casos em que crianças são sequestradas na maternidade e, por isso, acabam crescendo longe de seus pais biológicos; não raras vezes, acabam estabelecendo um vínculo socioafetivo com seu raptor. Obviamente, que as proporções desse tipo de situação são extremas, contudo, permanece a ideia de injustiça em desconsiderar o vínculo biológico quando, por motivos alheios à vontade dos genitores, estes foram privados de exercer o seu legítimo direito à paternidade/maternidade.

³⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Ibidem.

Destaque-se também que a prevalência da paternidade biológica vai garantir o contato do pai biológico com a criança, eis que a não confirmação desse vínculo poderia constituir entraves ao exercício dessa convivência; e, concomitantemente, irá permitir uma continuidade da relação entre pai socioafetivo e filho, pois aquele ainda convive com a mãe do infante. Some-se a isso tudo, que a criança, a época da decisão, tinha poucos anos de vida, razão pela qual a mudança promovida muito provavelmente não influenciará de forma negativa na formação de sua personalidade; muito pelo contrário, reforçará a sua dignidade, pois o estado de filiação que constará de seu registro será condizente com sua origem biológica.³⁴⁴

Demais disso, percebe-se que foram respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e, especialmente, do melhor interesse da criança e do adolescente.

Frise-se apenas que é perceptível que o eminente relator, buscou solucionar o caso com base nas peculiaridades do caso concreto, fazendo uma ponderação acerca de qual das duas paternidades deveria prevalecer e teve como resultado a medida que melhor atendeu aos interesses de todos os envolvidos. Portanto, seguiu, em termos gerais, o modelo de solução de conflitos defendido por Robert Alexy e a técnica de ponderação apresentados previamente.³⁴⁵

Nota-se que houve um sopesamento dos direitos envolvidos³⁴⁶, quando o relator reconheceu que uma das paternidades deveria prevalecer e, nesse diapasão, seguiu argumentando de forma clara e coesa o porquê da prevalência da paternidade biológica.³⁴⁷

Ademais, o resultado final, embora tenha formalmente afetado o direito de paternidade do pai socioafetivo, eis que restou determinada a anulação do registro por ele efetuado, em termos substanciais, resguardou-se ao menos o exercício de sua paternidade, pois o mesmo

³⁴⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 85-103.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 378-393.

³⁴⁶ MARMELSTEIN. *Ibidem*, p. 378-393.

ALEXY. *Ibidem*, p. 85-103.

³⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

ainda tem a possibilidade de manter sua relação filial com o menor, ainda que esta não esteja juridicamente reconhecida.³⁴⁸

Portanto, tendo em vista que o exercício da paternidade foi mantido para ambos os pais e resguardou os interesses da criança em tela, tem-se que a decisão passou pelo crivo da proporcionalidade: foi adequada (prestou-se à finalidade proposta, isto é, solucionou a questão do registro do menor); necessária (foi a medida menos prejudicial a todos os envolvidos) e passou pelo crivo da proporcionalidade em *stricto sensu* (de forma geral, a decisão trouxe mais ganhos do que perdas).³⁴⁹

De outra banda, os argumentos apontados pelo revisor são pouco convincentes e parecem não levar em conta as peculiaridades do caso concreto.

Vale dizer, que o seu ponto de vista seria totalmente válido e procedente se a figura do pai biológico não se encontrasse tão presente e ativa para fazer valer seu direito. Certamente, não haveria porque desconstituir um vínculo paterno-filial socioafetivo, livremente reconhecido, a despeito da não veracidade do assento, se o pai socioafetivo fosse o único que buscasse exercer a função de pai. Mas este não é o caso.³⁵⁰

Então, por assim dizer, o voto do ilustre revisor desconsidera a totalidade dos interesses envolvidos e busca uma solução baseada na norma e na jurisprudência, quando na verdade sua decisão deveria ter um cunho valorativo de ponderação de interesses.³⁵¹

Destarte, tem-se que a solução final que prevaleceu, *in casu*, foi realmente a mais acertada.

³⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³⁴⁹ MARMELSTEIN, op. cit., p. 365-377.

³⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 85-103.
MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 378-393.

3.3.2 O Caso da Consolidação do Vínculo Socioafetivo

Novamente, para fins de conhecimento geral do conteúdo da decisão que se pretende analisar, colaciona-se a ementa do acórdão proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.”³⁵²

A presente decisão foi exarada em sede de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, “a” da Constituição Federal, de modo que o recorrente buscava o restabelecimento da sentença de primeiro grau apenas no tocante ao reconhecimento da ilegitimidade do ora recorrido para propositura da ação originária.³⁵³

Em breve síntese, o recurso versa sobre os seguintes fatos: L. R. M. M. manteve relacionamento amoroso com L. P. B. R. R., sendo fruto dessa relação J. B. R. R. Esta, por seu turno, acabou sendo registrada por W. R. J – esposo da mãe – desenvolvendo laços afetivos profundos com o homem que lhe registrou como se seu pai fosse. Ocorre que, após o registro, a mãe da infante informou ao recorrido de que este poderia ser o pai biológico da

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ: 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁵³ Ibidem.

criança. Em face dessa possibilidade, acordou-se a realização do exame de DNA que provou a ascendência genética existente entre o L. R. M. M. e J. B. R. R. Passado algum tempo, decidiu o então pai biológico ajuizar ação de anulação de registro civil cumulada com declaratória de paternidade para ver reconhecido o vínculo biológico sabidamente existente entre ele e a criança.³⁵⁴

Em primeira instância a sentença determinou a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa do autor (pai biológico), fixando, porém, o direito de visitas monitoradas ao mesmo. Contudo, em segunda instância, havendo apelado ambas as partes, o Egrégio TJ/RJ reformou a sentença determinando a retificação do registro civil para nele constar o nome do pai biológico e excluindo a possibilidade de visitas, eis que o julgamento teria se dado de forma *extra petita*.³⁵⁵

Diante da situação apresentada, a ministra relatora proferiu seu voto de forma favorável ao provimento do recurso, sob os argumentos que se explanará a seguir.

Inicialmente, estabelece que a lide se cinge a estabelecer se o recorrido, pai biológico, tem legitimidade para requerer a alteração do registro da filha e, relativamente ao mérito da ação originária, se há conveniência para a alteração desejada.³⁵⁶

Ressalta, no entanto, que como os elementos que informam a questão da legitimidade se confundem com os elementos que darão suporte à decisão de mérito, há necessidade de apreciação conjunta das questões.³⁵⁷

Dessa sorte, aponta que alguns dos comandos legais indicados como violados nas razões recursais efetivamente restringem os legitimados (marido e filho) à propositura de ação que visa contestar assento de nascimento que contenha declaração falsa.³⁵⁸

Contudo, afirma que existem outras situações nas quais, independentemente da existência de suporte legal específico, admite-se a legitimidade ativa de terceiros para a discussão acerca da veracidade do disposto no registro civil. Indica, nesse sentido, o art. 1604

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ: 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁵⁵ Ibidem.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Ibidem.

do Código Civil que, por sua dicção, extrai-se essa legitimidade ampliada, desde que haja interesse jurídico.³⁵⁹

Seguindo essa linha de pensamento, *a priori*, afirma que é possível vislumbrar a legitimidade ativa de um pai biológico em pleitear a invalidade de registro onde conste nome de outrem como pai de seu filho, quando aquele primeiro tomar conhecimento da existência da criança, tempos após o nascimento desta.³⁶⁰

Em seguida, faz uma ressalva de que a ampliação de legitimados, há pouco apontada, depende de uma avaliação na conjuntura circunstancial de cada caso.³⁶¹

Sendo assim, quanto à paternidade socioafetiva, pondera que a posse de estado de filho, *in casu*, amparou-se na presunção de que a criança, nascida na constância do casamento, era realmente filha do recorrente. Sendo assim, desenvolveu-se entre pai registral e criança uma relação afetiva, existindo entre ambos um reconhecimento recíproco da relação filial que os unia.³⁶²

Ressalta ainda que o pai socioafetivo sempre desempenhou com desvelo a sua função paterna, sendo figura fundamental na criação e formação da personalidade da criança. Inclusive, frisa que o mesmo não alterou o seu relacionamento com a filha ao saber que não era seu pai biológico, tanto é assim que empreendeu a presente batalha judicial para ver mantido o registro no qual figura como pai da menor.³⁶³

Cita que, ante tais características, está plenamente configurada a posse de filiação entre pai socioafetivo e menor, os quais se encontram unidos por um vínculo já consolidado.³⁶⁴

Por outro lado, quanto à paternidade biológica ostentada pelo requerido, afirma que esta não possui o condão de vincular de forma inexorável a filiação, mas que detém um peso a ser considerado.³⁶⁵

³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ: 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ Ibidem.

Nesse diapasão, informa que a paternidade biológica não há que se impor, quando inexistentes elementos que demonstrem a vontade do genitor em assumir a condição de pai. É preciso que exista, portanto, uma coerência comportamental nos atos praticados pelo pai biológico.³⁶⁶

Ocorre que, no caso em testilha, verificou-se uma incongruência comportamental do recorrido quanto à pretensão em retificar o registro da filha biológica, na medida em que entre a certeza de sua paternidade e o ajuizamento da ação transcorreram mais de 3 anos.³⁶⁷

Afirma, que esse período de inércia do genitor demonstra desídia do mesmo para o exercício de sua paternidade, pois sabia que sua filha assumia publicamente a condição de filha do requerente e, ainda assim, nada fez no sentido de tornar pública a sua condição de pai biológico ou de tentar estabelecer vínculo com a menor. Acrescenta ainda que esse tempo foi mais do que suficiente para a consolidação da paternidade socioafetiva do requerente.³⁶⁸

Assim, aponta, que a menor se apropriou da condição de filha do recorrente de modo que agora esse direito não lhe pode ser negado, para o reconhecimento de um vínculo com alguém que nunca foi efetivamente seu pai. Além disso, afirma a desconstituição de uma paternidade socioafetiva que se desenvolve há mais de 11 anos, implicaria retirar da menor – hoje adolescente – um fator essencial da construção de sua identidade a qual foi edificada na relação de afeto entre a mesma e o pai socioafetivo.³⁶⁹

Há, então, segundo o voto, preponderância da paternidade socioafetiva, eis que essa relação filial já foi incorporada por seus personagens principais, isto é, pai socioafetivo e filha socioafetiva, cabendo apenas aos mesmos o interesse legítimo em questionar a validade do registro.³⁷⁰

Apresentado o voto da ministra relatora concordaram os ministros da 3ª Turma, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial.³⁷¹

Frente ao caso apresentado e de acordo com a base teórica já exposta, concorda-se com os argumentos expressos na decisão.

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andriahi. DJ: 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁶⁷ Ibidem.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Ibidem.

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Ibidem.

O presente caso revela a existência de vínculo socioafetivo já consolidado em contraposição a uma paternidade biológica cujo conhecimento desta condição por parte do genitor só se deu após o nascimento da filha.³⁷²

Percebe-se que a demanda se assemelha ao caso anteriormente discutido, contudo, a diferença entre ambos reside em alguns pequenos detalhes, os quais fizeram as decisões penderem para lados completamente distintos.

Primeiro, tem-se que o vínculo socioafetivo já se desenvolvia durante onze anos, ou seja, a modificação do registro tem o poder de afetar a identidade da menor em questão, eis que esta sempre reconheceu na pessoa do recorrente a sua referência paterna.³⁷³

Demais disso, verifica-se que a relação entre pai socioafetivo e filha é calcada no amor, respeito e carinho mútuos, sendo que ambos, a despeito da inexistência de liame biológico entre si, se reconhecem como pai e filha.³⁷⁴

O ponto crucial, entretanto, para a prevalência da paternidade socioafetiva está na atitude desidiosa do pai biológico que, após a confirmação de sua paternidade, ficou-se inerte para fazer valer seu direito, bem como não buscou estabelecer qualquer vínculo afetivo com a filha durante um lapso temporal superior a três anos.³⁷⁵

Sendo assim, não há como conceber que uma relação solidamente estabelecida tenha que ceder a uma simples conexão genética, quando a omissão do pai biológico contrasta irrefutavelmente com a conduta coerente do pai socioafetivo.³⁷⁶

Destarte, essas condições específicas do caso, demonstram que a melhor solução é mesmo a prevalência da paternidade socioafetiva: A uma, porque foi resguardada a dignidade da menor em questão, na medida em que não foi afetada sua identificação pessoal já consolidada pelos anos de convivência com o recorrente, bem como porque a demanda permitiu o conhecimento de sua origem genética. A duas, a decisão resguardou a dignidade do pai socioafetivo o qual poderá disfrutar do *status* de pai e do exercício daí decorrente que sempre assumiu e que, em momento algum, pensou em renunciar.³⁷⁷ A três, porque mesmo

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrigli. DJ: 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ Ibidem.

não sendo reconhecido o direito à paternidade biológica do recorrido, nada impede que o mesmo busque extrajudicialmente ou judicialmente (regulamentação de visitas) uma forma de manter contato com a filha e estabelecer algum tipo de relação com a mesma.

Foi privilegiado, *in casu*, o princípio da afetividade, com o devido reconhecimento da paternidade socioafetiva revelada pela posse de estado de filho, bem como se observou o princípio do melhor interesse do menor.

Percebe-se ainda que a decisão está em conformidade com a resolução de conflitos defendida por Alexy, pois realizou o sopesamento dos valores conflitantes em sintonia com os elementos peculiares do caso concreto, estabelecendo a prevalência de um dos direitos em confronto.³⁷⁸

Importa frisar que, mesmo em se tratando de um recurso especial, onde normalmente há uma análise voltada para o âmbito normativo, o voto fez a devida ponderação dos interesses conflitantes ao valorar as especificidades apresentadas, não se furtando, para tanto, de buscar elementos já incontroversamente atestados no acórdão recorrido.

Por fim, percebe-se que a decisão foi escoreta e de acordo com o princípio da proporcionalidade, pois foi adequada (serviu para o fim proposto), necessária (foi adotada a medida menos prejudicial de acordo com o caso concreto, conforme já defendido) e também passou pelo crivo da proporcionalidade em *stricto sensu* (certamente se reconhecida a prevalência da paternidade biológica haveria mais perdas do que ganhos, eis que o resultado afetaria negativamente tanto o pai socioafetivo, quanto a filha).³⁷⁹

Tendo-se em vista ambos os casos apresentados, é possível perceber que não há prevalência absoluta da verdade biológica ou socioafetiva em conflitos, porquanto há de se reconhecer a igualdade desses critérios e que esse tipo de decisão tem que se atentar às especificidades de cada lide para se chegar à solução mais correta e justa.

Por todo o exposto, passemos, então, à conclusão do trabalho.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 85-103.

³⁷⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 365-377.

CONCLUSÃO

O tema paternidade sempre esteve em foco nas discussões sobre filiação, uma vez que esse vínculo apresenta uma característica volúvel a qual não se verifica com frequência na maternidade. Não é de se estranhar, portanto, que grande parte das demandas acerca da filiação envolvam a paternidade.

Ocorre que, a ideia de dissociação da paternidade da simples existência vínculo genético, ou seja, a ideia da paternidade entendida como o exercício da função de pai na vida daquele que se tem como filho ganhou inúmeros adeptos tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Numerosos se tornaram os defensores da socioafetividade, de modo que alguns até mesmo defendem que este seria o verdadeiro cerne da filiação. Afinal, as relações que se embasam no afeto, cuidado, solidariedade, parecem muito mais condizentes com a ordem constitucional atual do que um simples fato da natureza.

Conquanto seja realmente relevante o aspecto da socioafetividade para o reconhecimento do vínculo paterno-filial, não é possível que o operador do direito seja seduzido por um discurso baseado em um panorama ideal, sendo levado a uma supervalorização do critério socioafetivo em detrimento do biológico.

O que se pretende defender e que foi possível concluir com o presente estudo, é que há igualdade entre os critérios biológico e socioafetivo no estabelecimento da paternidade. Isso significa dizer que não há que se cogitar de uma prevalência absoluta de um parâmetro sobre o outro. O critério socioafetivo não é melhor que o biológico, não podendo ser considerado a verdade suprema da paternidade. O contrário tampouco é verdadeiro.

Em realidade, a prevalência de um critério sobre o outro depende do caso concreto. Trata-se de uma opção do julgador por um dos critérios que se afigura como o melhor aplicável na concretude dos fatos que lhe são apresentados. Ou seja, existem casos em que a melhor solução encontra-se na verdade biológica e, em outros, na verdade socioafetiva.

A análise jurisprudencial apresentada evidencia exatamente isso. Foram expostos dois casos em que pai biológico e pai socioafetivo almejavam a prevalência do seu direito à paternidade. No entanto, os resultados encontrados pelas decisões foram diametralmente opostos, em razão das circunstâncias concretas de cada processo, as quais não eram as mesmas.

Sendo assim, cabe ao julgador encontrar o melhor caminho para resolver os conflitos de paternidade, sendo para tanto, necessária a utilização da técnica de ponderação, isto é, a realização de um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos, a partir realidade dos fatos.

Qualquer decisão que leve em consideração apenas os parâmetros legais e entendimentos jurisprudenciais, sem a devida observância das peculiaridades de cada caso, corre grande risco de chegar a um resultado prejudicial às partes.

De outra banda, cumpre salientar a existência de uma terceira opção de solução para conflitos de paternidade a qual vem sendo admitida na doutrina e jurisprudência, qual seja: a dupla paternidade ou multiparentalidade.

Embora a dupla paternidade não tenha sido abordada neste trabalho, dada a complexidade do tema que o faz merecedor de um estudo apartado, importa apenas mencionar que nem sempre a melhor solução para o caso será a prevalência de um critério sobre o outro, mas, talvez, o reconhecimento de dois vínculos de paternidade com uma mesma pessoa.

Sendo assim, conclui-se que não há uma fórmula pré-estabelecida que poderá instituir o verdadeiro critério ensejador do vínculo paterno-filial. O que há, na verdade, é uma igualdade entre os critérios biológico e socioafetivo, os quais podem ser adotados, um em detrimento do outro, com base em uma análise circunstancial, isto é, caso a caso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALMEIDA, Maria Christina de. *A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade*, 2002. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/54/A+paternidade+socioafetiva+e+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+personalidade>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Os Novos Contornos da Parentalidade e Filiação no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, nº 34, p. 34-63, jun./jul. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2014.

_____. Lei no 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em
:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andriighi. DJ: 18/08/2011. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801897430&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidades Contestadas: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O fundamento constitucional da filiação socioafetiva. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 7-17, out., 2012.

COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria da Situação Irregular e Teoria da Proteção Integral - Avanços e Realidade Social. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v.2, n.8, p.65-67, nov./dez. 2000.

COSTA, Divanir José da. Filiação Jurídica, Biológica e Socioafetiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83-100, out./dez. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *As Famílias de Hoje*, 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/21/As+fam%C3%ADlias+de+hoje>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

_____. De Quem sou Filho, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/904/De+quem+sou+filho%3F>>. Acesso em 16 abr. 2014.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes nº 2008.06.1.003217-0. Primeira Câmara Cível. Relator Sandoval Oliveira. DJ: 21/11/2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=553683>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Traduzido por Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÔBO, Paulo. *A Repersonalização das Relações de Famílias*, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

LÔBO, Paulo. Direito ao Estado de Filiação e o Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Centro de Estudos Jurídicos (CEJ)*, Brasília, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

_____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de Direito de Família*. 1. ed. Barueri: Manole, 2009.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família*: Repercussão na relação paterno-filial, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível. Apelação Civil nº 1.0433.11.016624-9/001. Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. DJ: 11/02/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0433.11.016624-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Cível. Apelação Civil nº 1.0672.00.029573-9/001. Relator Nilson Reis. DJ: 27/02/2007. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C901F05856CD1FFC50DBF8E825DB1163.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.00.029573-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 02 abr. 2014.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói*: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*, 2010. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior.>>
Acesso em: 16 abr. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma Abordagem Psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES, Ana Lúcia Vanderlei. A Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 129-174, jan./jul. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 70028152833. Relator José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, DJ: 17/04/2009. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=a%E7%E3o+negat%F3ria+de+paternidade&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70028152833.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AJos%25C3%25A9%2520Ata%25C3%25ADdes%2520Siqueira%2520Trindade>. Acesso em: 29 mar. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2008.018013-7. Relator Ronaldo Moritz Martins da Silva. DJ: 05/05/2011. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAKi+jAAc&categoria=acordao>. Acesso em: 30 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Júlia Franco Amaral; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho, 2011. *A Filiação Socioafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*: sugestão de um procedimento viável para a efetividade do direito à filiação respaldada nos laços de afetividade. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1136/R%20-%20DJ%20Filia%c3%a7%c3%a3o%20socioafetiva%20-%20tereza%20thibau.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 mai. 2014.

SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*: breves considerações, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+d+e+Fam%C3%ADlia+>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 45-51, jul./set. 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.